Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Handelsgesetzbuch (§§ 369—372).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristischen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt

von

Robert Müller

Referendar.

ACAD.
IUGO.BAT.
BIBL.

Rostock.
1901.

Druck von Julius Abel, Greifswald.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0163

Meinem Vater!

Inhalt.

Seite:

I. Teil.

§ 1. Einleitung 9
§ 2. Geschichtliche Entwickelung 12
§ 3. Die rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechtes 24

II. Teil.

Voraussetzungen.

§ 4. A. Allgemeines 37
§ 5. B. Die Subjekte 37
§ 6. C. Die Objekte 38
§ 7. D. Die Forderungen 42
§ 8. E. Der Besitz 46
§ 9. F. Voraussetzungen bei anormaler Vermögenslage 48

III. Teil.

§ 10. Inhalt und Geltendmachung 51

IV. Teil.

§ 11. Ausschluß und Endigung 56

Litteratur.

Borchardt, Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs. 5 Bd. Berlin 1884—1887; Nachtrag I. 1893.

v. Boroschnay, Rumän. H.G.B., Bukarest 1887.

Cosak, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Kommentare zum H.G.B. von:

Anschütz u. v. Völderndorff, Bd. III, Erlangen 1874.

v. Hahn, 2. Aufl. Bd. II. Braunschweig 1876.

Puchelt, 4. Aufl. Leipzig 1893.

Rudorff, Stuttgart 1898.

Staub, 6. u. 7. Aufl. Bd. II. Lief. 1. Berlin 1900.

Makower, 11. Aufl. Berlin 1893.

Dernburg, Pandekten. 4. Aufl. Berlin 1894.

Endemann, Handb. des dtsch. Handels-, See- u. Wechselrechts. Leipzig 1885.

Endemann, D. dtsch. Handelsrecht. 4. Aufl. Leipzig 1887.

Entscheidungen des R.O.H.G. und des R.G.

Fuchsberger, Sämtl. Entsch. des R.O.H.G. u. R.G. auf dem Gebiet des Handelsrechts. Gießen 1900.

Gareis, D. dtsch. Handelsrecht. 6 Aufl. Berlin 1899.

Goldschmidt, Universalgesch. des H.R. Stuttgart 1891.

Goldschmidt, Handbuch des H.R. I, 2 Erlangen 1868.

Knies, Geld und Kredit I.

Korn, Das kaufmännische Retentionsrecht (Tüb. Diss.) 1881.

Laband, in Goldschmidt's Zeitschrift für das ges. H.R. Bd. IX, Erlangen 1866.

Lehmann, in Goldschmidt's Zeitschrift für das ges. H.R. Bd. 48. Stuttgart 1899.

Lutz, Protokolle zum Allg. dtsch. H.G.B. Würzburg 1863.
Materialien zum dtsch. H.G.B.
Neresheimer, Das kaufm. Zurückbehaltungsrecht, München 1895.
Pardessus, Coll. de lois maritimes Bd. I—IV. Paris 1845.
Schrömbgens, Erl. Diss. 1899.
Seuffert's Archiv. N. F. VIII. München u. Leipzig 1883.
Siegel, corpus iuris cambialis, Leipzig 1742, fortgesetzt von Uhl, 2 Aufl. Leipzig 1772.
Volmer, Erl. Diss. 1895.

I.

§ 1.

Einleitung.

Die Lebensbedingung des Rechtsverkehrs ist der Kredit.[1]) Man entnimmt Darlehen, borgt in hundert Formen, kauft auf Kredit. Der Gläubiger gewährt ihn ohne Sicherstellung in der Regel nur Personen, deren Vermögens- und Wirtschaftsfähigkeit ihm genau bekannt ist, und nur auf kurze Zeit. In weiteren Kreisen, auf längere Zeit giebt er Kredit nicht leicht auf bloßes Versprechen, verlangt vielmehr Deckung.[2])

Diesem Bedürfnis nach einer zuverlässigen Kreditgrundlage ist das Rechtsleben gerecht geworden, indem es Mittel von verschiedenartiger Kraft und Wirkung zur Ausbildung brachte, die geeignet sind, dem Kreditgeber reelle Garantieen für die Sicherheit des kreditierten Kapitals zu bieten. Derselbe kann nämlich entweder vom Schuldner verlangen, die persönliche Haftübernahme dritter Personen für seine Schuld zu veranlassen (Intercessionskredit) oder sich durch Vermögensobjekte des Schuldners zu decken suchen (Realkredit im weiteren Sinne).

Die Praxis des bürgerlichen Rechtsverkehrs hat, abgesehen von zahlreichen den gleichen Zweck nur sekundär verfolgenden Vereinbarungen, in der Hauptsache drei Rechtsinstitute zur Ausbildung gebracht, die als Deckungsmittel der letzten Art gelten können: die Kompensation, das Pfandrecht und die Retention.[3])

---

1) Dernburg, Pand. I § 261 S. 650.

2) l. 25, D. de R. I. 50, 17; Plus cautionis in re est, quam in persona!

3) Goldschmidt, Hndb. I, 2, § 83, § 872 ff.

Es ist naturgemäß, daß dieses Verlangen nach einer Sicherung des Kredits, das schon die bürgerliche Rechtsanschauung anerkennen mußte, sich in noch weit stärkerem Maße für den Kreditverkehr zwischen Kaufleuten fühlbar machte. Für bloßen Personalkredit sind hier dem Gläubiger die Verhältnisse auf Seiten des Schuldners meist zu wenig bekannt und kontrollierbar; auch ist die Vermögenslage vieler anscheinend gut situierter Handelshäuser häufig einer ebenso raschen als tief greifenden Erschütterung zugänglich.

Andererseits drängte dagegen die kaufmännische Haltung der Geschäftsführung zu dem besonderen Begehren, daß die Bestellung und Realisierung der Kreditsicherung unter den möglichst leichten Formen sich rechtsgiltig vollziehen könne: die Umständlichkeiten für Realkredit nach den Normen des bürgerlichen Rechtes sind für den Kaufmann lästig und weil zeitraubend auch verlustbringend oder er ist inmitten des eilenden Geschäftsbetriebes garnicht in der Lage, die regelrechten Vorsichtsmaßregeln zu treffen.

Die aus dieser Sachlage erwachsene besondere kaufmännische Praxis hat dem Bedürfnis nach rechtlichen Einräumungen Rechnung getragen und die Kreditsicherungsmittel des civilen Rechtes den Intentionen des Kaufmannsstandes entsprechend umgeformt: die Kompensation hat besondere Erscheinungsformen im Kontokorrent-, im Giroverkehr und in der Skontration erhalten. Die Pfandbestellung ist wesentlich erleichtert und in Bezug auf Sicherheit der Wirksamkeit und Einfachheit der Realisierung durch die gesetzlichen Pfandrechte vorteilhaft modifiziert worden. Das Retentionsrecht endlich hat Veränderungen erhalten, durch welche der praktische Wert dieses Rechtsinstituts für den Kreditverkehr erst voll zur Geltung kam.

Die Ausbildung eines besonderen kaufmännischen Deckungsrechtes ergab sich teils durch das unabweisbar gewordene Bedürfnis einer Ergänzung der mangelnden Rechtshilfe gegen den auswärtigen Schuldner, teils durch die allgemein mit der Pfandbestellung verknüpften Übelstände. Insbesondere wurde das im Verlangen eines Pfandes ausgesprochene Mißtrauen gegen den andern Kontrahenten und die hierin liegende Erschwerung, neue Geschäftsverbindungen

anzuknüpfen, immer lebhafter empfunden und drängte zu dem Begehren, ein Surrogat für das vertragsmäßige Pfandrecht zu erstreben, welches von allen dem Pfandrecht anhaftenden Mißständen frei war und dennoch eine gleiche oder noch höhere Sicherheit wie dieses bot.

Seinen Ausdruck fand dieses Streben in der kaufmännischen Überzeugung, daß alle im Geschäftsverkehr in die Hand des Gläubigers gelangten Vermögensstücke des Schuldners Deckungsmittel der gläubigerischen Forderungen, namentlich auch im Konkurse des Schuldners seien.

Mit dieser rein kaufmännischen Auffassung des Äquitätsgedankens ging Hand in Hand die Erweiterung der dem gemeinrechtlichen Retentionsrecht gezogenen engen Schranken insbesondere durch Beseitigung des gemeinrechtlichen Erfordernisses der Konnexität der beiden Forderungen und endlich die Verwertung der Kompensationsgrundsätze.

Durch Ausbildung der großen, weither regelmäßig besuchten Warenverkaufsmessen kam nämlich der Brauch in Aufnahme, die Gesamtheit der gegenseitigen Forderungen am Schluß der Messe in einer besonderen „Zahlwoche" zu tilgen. „In nundinis mercatorum consuetudo est, ut sibi ad invicem credant debita sua usque ad generalem solutionem, quae est in fine nundinarum et gallice dicitur payiement" heißt es in einer Urkunde aus den Jahren 1207—1215.[1]) Bei dieser Art periodischer Abrechnung erschienen nunmehr die wechselseitigen Forderungen und Gegenforderungen nicht als ein Aggregat getrennter und selbständig verfolgbarer Ansprüche und Gegenansprüche, sondern als bloße Posten des ganzen Soll und Haben in der Art, daß das ganze Kredit des Geschäftsfreundes als Deckung und beim Rechnungsschluß als Zahlung für das ganze Debet desselben galt und durch einen Kompensationsvertrag mittelst Saldoziehung das gegenseitige Gesamtschuldverhältnis abgewickelt wurde. Es lag nahe, diese gleiche Auffassung auf jeden Fall dauernder Geschäftsverbindung und schließlich auf den Fall nur

1) Knies I, 166.

vereinzelter Geschäftsoperationen, aus denen Schuldverhältnisse beider Teile sich ergeben, zu erstrecken. Von diesem Kompensationsstandpunkt aus kam die Frage der Konnexität der wechselseitigen Forderungsposten gar nicht in Betracht, oder man konnte auch, wenigstens bei dauerndem Geschäftsverkehr, die zwischen den Kontrahenten geschlossenen Geschäfte als schlechthin konnex ansehen;[1]) das eine ist oft die Veranlassung oder Folge des andern; die Deckung, die der eine in Händen oder zu erwarten hat, ist für ihn oft die Veranlassung, dem andern Kredit zu gewähren und neue Geschäfte mit ihm abzuschließen.

Wenn bei kommensurabeln Forderungen sich die Kompensation von selber verstand, so bot die Ungleichartigkeit des Forderungsgegenstandes keine erhebliche Schwierigkeit, da die kaufmännische Auffassung, jede Sache und jede Leistung unter dem ökonomischen Gesichtspunkt des Wertobjekts zu betrachten, das Handelsgut lediglich als Mittel zum Erwerb, als Geldeswert ansah. Somit trat zu der negativen Befugnis des Retinenten, die Herausgabe zu verweigern, eine positive, dahingehend, daß dem Retinenten die Möglichkeit gegeben war, durch Veräußerung der Retentionsobjekte, dieselben in den allgemeinen Wertmesser, in Geld umzuwandeln und sich sodann im Wege der Kompensation Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen.

§ 2.

Geschichtliche Entwickelung.

Die Ausbildung eines besonderen kaufmännischen Deckungsrechtes ist keineswegs neueren Datums. Bereits in den italienischen Quellen des Mittelalters[2]) (Florentiner statuto di mercanzia lib. III, 2 dei cessanti e fuggitivi 1577; Statuten von Genua von 1589 lib. IV. tit. 14 de compensationibus) lassen sich die ersten sicheren Spuren des Instituts nachweisen.

1) Vergl. Goldschmidt, Hndb. I, 2, § 96, S. 1001.

2) Goldschmidt, Hdb. I, 2 § 96 S. 999, vergl. auch Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts S. 302, Anm. 19.

Aufzeichnungen, die noch weiter zurückliegen, lassen nur Vermutungen zu. Schon die Seerechte[1]) bis hinauf zu den Seegesetzen

1) Rooles ou jugements d'Oléron art. 34 (Pard. I, 345.): „Il est ordonné, comme coutume de mer, que si un navire arrive en un port à sa droite décharge et y reste chargé plus de vingt-un jours ouvrables, le patron peut mettre les marchandises hors sur un quai, et préposer un de ses agens, pour surveiller les vins et denrées jusqu'à ce que le marchand ait payé le fret."

Holländ. Schiffsrecht art. 21. (Pard. I, 414) art. 20 (Pard. IV, 35) Wisbysche Seerecht v. 1505 art. 58 (Pard. I, 499): „Alze eyn Skipper ute synen Scheve gheschepet heft, so mach he dat Gud bi syner Bort beholden vor syne Vracht unn vor syn Ungelt, wat man dar von mach schuldich wesen, wil em de Scipper des nicht belouen." Skraa v. Apenrade c. 41 (Pard. III, 233): „Nauta, dictus Skipher, et secum in naui existentes sua bunkae non aperiant, antequam satisfactum fuerit pro naulo et omnibus causis, inter ipsum et nautas motis; qui contra hoc fecerit, soluat Skipher et nautis tres marcas." Hamburger Seerecht von 1603, II, tit. 15, art. 2 (Pard. III, 380). Consolat del mar c. 151 225, 230; weiter geht c. 38 (Pard. II. 83.)

E lo mercador deu pagar lo nolit, menys de tot contrast, è tot senyor de nau ò de leny se puga „retenir en penyora" per raó del nolit, tanta de roba que valega quatre tants com lo nolit que haver deu.

Le marchand doit payer le fret sans aucune contestation; et tout patron a le droit de retenir, pour sûreté du fret des marchandises en valeur quadruple du montant du fret qui lui est dû.

Die Ord. de Phil. II v. 1563 tit. II. c. 13 setzt Herausgabe gegen Bürgschaft fest: „ . . . . Le patron du navire ayant débarqué les marchandises, pourra les retenir, jusqu'au moment où le négociant lui aura payé son fret et ses autres dépenses, ou qu'il lui en aura donné garantie." (Pard. IV, 69.) Ebenso Seerecht v. Stralsund v. 1278 (Pard. III, 460). Das Schwedische Seerecht v. 1667 c. 14 § 4 gestattet ausdrücklich das Sichbezahltmachen aus der Ladung (Pard. III, 158): „Mais nul patron ne pourra être contraint, s'il ne le fait de bonne volonté, à délivrer des marchandises avant qu'il ait été payé du fret et de tous les autres frais, qu'il prouvera avoir déboursés et qui sont à la charge des marchandises. Si le chargeur ne le satisfait pas, il pourra se payer en marchandises d'après le prix courant, jusqu'à concurrence du montant du fret, après quoi il délivrera le reste."

Vergl. Goldschmidt, Hdb. S. 1000 Anm. 12, derſ., Universalgeschichte S. 302, Anm. 20.

von Oleron aus dem 11. und 12. Jahrhundert, enthalten Bestimmungen, welche auf das Bestehen eines gesetzlichen und privilegierten Pfandrechts hinzudeuten scheinen. Sicheres jedoch läßt sich nicht feststellen.

Immerhin wäre es falsch zu glauben, daß erst gegen Ende des 16. Jahrhunderts das besondere Deckungsrecht zu existieren begonnen hätte. Vielmehr erscheint es, wenn auch exakte antiquarische Zeugnisse nicht vorliegen, unzweifelhaft, daß die Praxis der Kaufleute sich erst lange Zeit hindurch an dem neuen Handelsbrauch geübt hatte, ehe er in den italienischen Rechtsquellen in ganzer Schärfe und Geschlossenheit seine statutarische Regelung fand.

Gleichwie das Pfandrecht im Handelsverkehr seine praktische Bedeutung hauptsächlich im Falle des Konkurses des Pfandschuldners erlangt, so ging auch die neugeübte Verkehrsanschauung von dem Gesichtspunkte aus, daß jedes Vermögensstück eines kaufmännischen Schuldners, welches auf rechtmäßige Weise in die Hand des Gläubigers gelangte, zu dessen Sicherung und Befriedigung, namentlich auch im Konkurse des Schuldners dienen müsse.

Bei den weitreichenden handelsgeschäftlichen Beziehungen der italienischen Emporien fand der neue Handelsbrauch auch in den übrigen europäischen Staaten Eingang und in vielen Rechtsgebieten Deutschlands, in den Niederlanden, in Frankreich, in England positive, wenn auch nicht allgemeine Anerkennung.

In Deutschland findet sich das neue Recht in den Statuten, Wechsel- und Falliten-Ordnungen zahlreicher Handelsplätze, teils in allgemeiner Ausdehnung auf den kaufmännischen Verkehr,[1]) teils in der Beschränkung auf einzelne besonders wichtige Fälle.

1) In allgemeiner Beziehung auf Kaufleute: Augsburger Rats-Dekret, das Kompensations- und Retentions-Recht in Falliments-Fällen betreffend, vom 28. Februar 1682. (Siegel I. 326.) Augsburger Rats-Dekret vom 9. Dez. 1721. (Siegel I, 327.) Augsburger erneuerte W.-O. von 1778 c. 14 § 1. (Uhl contin. IV, 100) Brandenburgische W.-O von 1724 art. 55. (Siegel I, 133) Nürnbergische W.-O. von 1722 c. VIII (Siegel I 360.) Botzener W.-O. von 1719 c. 42, 43, 44. (Siegel I, 236.) Botzener Markt- und W.-O. von 1744 c. 45, 46. (Uhl contin. I, 113.)

In der Hauptsache kehrt in den partikularen Anordnungen das Deckungsrecht des Kommissionärs, namentlich des Verkaufskommissionärs wieder wegen aller Forderungen an den Kommittenten oder doch wenigstens wegen der von ihm auf die Ware gegebenen Vorschüsse bezw. Wechselaccepte. So bestimmt z. B. die Wiener Wechsel-Ordnung von 1717 art. 45 (Siegel I, 161) und das damit übereinstimmende österreichische Wechselpatent von 1763 art. 44 (Uhl contin. III, 19)[1]: „Wie denn derjenige, so von

Frankfurt a. M. W.-O. von 1666 § 19. (Siegel I, 385.) Frankfurtische W.-O. von 1739 § 48 (Uhl contin. I, 85.) Wiener W.-O. von 1717 art. 44. (Siegel I, 161.) Österr. Wechselpatent von 1763 art. 43. (Uhl contin. III, 19): „Weil auch der Kaufmanns Stylus mit sich bringet, daß falls einer von einem Tertio Effekten in Händen und für seine eigene Rechnung, dann auch für andere von demselben absonderlich zu fordern hat, der Tertius aber keine völlige Zahlung thut, ein jeder, er seye einheimisch oder fremd, zuförderst von demjenigen, was er in Händen hat, auch sonst, wann er es vor Ausbrechung eines Falliments an sich zu ziehen weis, seinen eigenen Conto (jedoch unbeschadet des einem andern etwa zustehenden Eigentums, oder ehevor hierauf geführten Sperr oder Ansatz) zu saldieren befugt seye, so lassen Wir es fernerhin noch dabey bewenden." Ohne Beschränkung auf Kaufleute bestimmt die Frankf. W.-O. von 1739 art. 54 (Uhl contin. I, 86.) „Ist derjenige, welcher von einem andern Waren zu verkauffen, in Kommission empfangen, oder demselben gehörige Effekten und Gelder sonsten rechtmäßiger Weise in die Hände und Verwahrung bekommen hat, und danebst von dem Kommittenten oder Eigentümer mit Wechsel oder sonsten chargiert und beläftigt worden, befugt, wegen seines Vorschusses von denen empfangenen Waren und Geldern sich bezahlt zu machen, und da in Fallimenten und Konkurssachen solche Gelder und Waren mit Arrest beschlagen, oder in Verbot geleget würden, mehr nicht als das Residuum oder Überbesserung herauszugeben schuldig." Ebenso erkennt die Hamburger N. Falliten-Ordnung von 1753 Z. 1—3 schlechthin „ein jus retentionis bis die Forderung gütlich abgemacht oder gerichtlich entschieden ist" für diejenigen an, „welche des Falliti Güter in ihrer Gewalt haben, insofern sie justo titulo zum Besitze derselben gekommen."

Vergl. über alle diese Stellen: Goldschmidt, Hdb. I, 2, S. 1004 ff.

1) In wesentlicher Übereinstimmung: Churfächsischer Dezisiv-Befehl von 1669. Verord. 3. (Siegel I, 65) Leipziger W.-O. von 1682 § 34.

einem andern Waren in Kommission zu verkaufen empfangen, dabei aber von demselben mit Wechsel und sonsten bezogen und beläftigt worden, wegen seines Vorschusses an denen empfangenen Effekten sich zahlhaft zu machen Fug und Macht haben; auch da in Fallimenten und sonsten solche Waren mit Arrest oder Verbot beleget würden, mehr nicht als das Residuum oder Übermaß herauszugeben schuldig sein solle."

Vielfach findet sich auch in analoger Anknüpfung an die Prinzipien des römischen Rechtes von dem privilegierten und unter Umständen gesetzlichen Pfandrecht wegen versio in rem ein gesetzliches Pfandrecht oder ein Vorzugsrecht im Konkurse wegen aller Darlehen zur Beschaffung, Verbesserung oder Erhaltung von Gütern aller Art, desgleichen für den Schiffer und auch wohl für andere Frachtfahrer wegen aller Forderungen aus dem Frachtvertrag.[1])

In Frankreich war ein allgemeines Deckungsrecht von der Gesetzgebung nicht begünstigt. Indessen hatte die Praxis durch eine ausgedehnte Interpretation der vorliegenden Einzelbestimmungen den Umfang des Rechtes derart erweitert, daß für den Schutz des kaufmännischen Verkehrs in hinreichender Weise gesorgt war. Schließlich jedoch hat sich die Legislatur (Gesetz von 1863) dem Bedürfnis nach einer Verallgemeinerung des Rechtes nicht verschließen können. So erkennt der code de commerce art. 95 ein ausgedehntes privilegiertes Pfandrecht an für jeden[2]) Kommissionär auf den Wert

(Siegel I, 57.) Bremische W.-O. von 1712 art. 56. (Siegel I, 276.) Schlesische W.-O. von 1738 art. 34 § 1. (Siegel I, 311.) Churpfälzische W.-O. von 1726 art. 60. (Siegel I, 404.) Braunschweigische W.-O. vom 1. August 1715 art. 53. (Siegel I, 260.) Breslauische Meß- und W.-O. von 1742 § 40. (Uhl contin. I, 73.) Jülich und Bergische W.-O. von 1726 art. 58. (Uhl contin. II, 25.) Elbinger W.-O. von 1758 c. 16 art. 66. (Uhl contin. III, 83.) Danziger W.-O. von 1701, art. 34. (Siegel I, 377.) Hamburger W.-O. von 1711 art. 46 (Siegel I, 422).

Vergl. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift S. 427 f.

1) Vergl. H.G.B. §§ 440—443, § 623. Siehe auch Note 1, S 13 dieser Abhandlung.

2) art. 93 code de com. der alten Redaktion kennt nur ein Vorzugsrecht für den Verkaufskommissionär, für alle Vorschüsse, Zinsen,

der an ihn expedierten oder designierten und der bei ihm deponierten Waren, wegen aller Darlehen, Vorschüsse oder durch ihn geleisteten Zahlungen, sei es vor dem Empfang der Waren oder während der Zeit, daß dieselben sich in seinem Gewahrsam befinden, mit Einschluß der Zinsen, Spesen und Provision.

Daneben hält der Code, nach dem Vorbild der älteren Praxis[1]) fest an dem Deckungsrecht des Frachtführers, wegen Fracht und Auslagen an dem Frachtgut.

Die einschränkenden Bestimmungen des französischen Rechtes (art. 93 der alten Redaktion) hatten zum Teil schon früher in den dem code de commerce nachgebildeten Gesetzgebungen[2]) eine erhebliche Erweiterung des Deckungsrechtes zur Folge. Vornehmlich das Holländische Handelsgesetzbuch von 1838 ist der Weiterentwickelung des Rechtes förderlich gewesen.

Kosten an Kommissionsgütern, die ihm von einem andern Orte zugeschickt sind, insofern er dieselben in seinem Gewahrsam hat oder durch Konnossement oder Ladeschein darüber zu verfügen in der Lage ist. Ein entsprechendes Vorzugsrecht in Betreff seiner Forderungen ist dem Verkaufskommissionär an dem Kaufgelde des verkauften Kommissionsgutes im art. 94 zugestanden. An Waren dagegen, die dem Kommissionär von jemandem übergeben werden, der sich an dem Domizil des Kommissionärs aufhält, erlangt der Kommissionär ein Vorzugsrecht nur dann, wenn sie ihm unter den im Civilrecht vorgeschriebenen Formen verpfändet worden sind.

1) Pardessus, Droit maritime de la France v. 1681, III, tit. III, art. 24 (IV, S. 363).

2) Über das Vorzugsrecht des Kommissionärs vergleiche: H.G.B. von Serbien art. 59, 60, Rumänien art. 387, Türkei art. 54, 55, Griechenland art. 93—95, Belgien tit. VII, Abschnitt II art. 14—17, Italien 362, Spanien 276, Portugal 247, Brasilien 189, 96 und 97, Chile art. 284 bis 289, 300, 301, 324, Haiti art. 92—94, Argentinien art. 384—386, Bolivien art. 143—145, 148, Costa-Rica art. 116—118, H.G.B. von Cundinamara art. 132—134, Guatemala art. 110—112, Honduras art. 282 bis 287, 299, Mexico art. 141—143, Peru art. 112—114, Salvador art. 129—131, Monaco art. 63 Uruguay art. 384—386, Venezuela art. 265, 266, Nicaragua art. 89.

Über die Pfandrechte des Frachtführers siehe: H.G.B. v. Serbien

Dasselbe gewährt zunächst dem Verkaufskommissionär das gesetzliche Pfandrecht nur, wenn die Waren demselben von einem andern Platz[1]) zugeschickt worden sind; es knüpft ferner ebenso wie der code die Geltendmachung dieses Rechtes an die Voraussetzung, daß der Kommissionär die Güter in seinem Gewahrsam hat oder sonst darüber verfügen kann. Weiterhin aber unterscheidet es, ob das Kommissionsgut von einem ausländischen Platze oder von einem inländischen dem Kommissionär zugesandt ist. Im ersten Falle besteht das Vorzugsrecht wegen aller Forderungen, welche der Kommissionär als solcher an den Kommittenten hat, sowohl in Betreff seiner Vorschüsse, Zinsen, Kosten, als hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus laufender Rechnung. Das Holländische Recht unterscheidet weiter, ob das Kommissionsgut dem Kommissionär zur näheren Verfügung des Kommittenten übersandt ist, oder ob ein bestimmter und ausführbarer Verkaufsauftrag erteilt ist. Ist dies der Fall, so kann er sich durch freihändigen Verkauf aus den Waaren bezahlt machen,

art. 72, Rumänien art. 437, 590, Türkei art. 66, 128, 129, Griechenland art. 106, 306—308, Belgien tit. VII, Absch. III art. 106, Buch II tit. III c. II art. 79—81, Italien 412, 580, Spanien art. 375, 376, 686, Portugal 561, Haiti art. 105, 303—305, Brasilien 117, 527, 619, Argentinien art. 186—189, 1259, Bolivien art. 190—192, H.G.B. v. Cundinamara art. 193—196, Columbianisches See-H.R. art. 226—228, Costa-Rica art. 174—177, 734—738, Guatemala art. 166, 167, 910—912, Honduras art. 211, 212, 322, 1033, Mexico art. 213, 214, 217, 608, Peru art. 172, 173, 799—804, Salvador art. 191, 192, 956, Monaco art. 72, 269—271, Uruguay art. 186, 187, 189, 1269, Venezuela art. 148, 149, 580, Nicaragua art. 125, 126, 422—424, Chile art. 212—213, 1034—1036. Am weitesten art. 1518: „Abgesehen von den in dem gegenwärtigen Gesetzbuch und im Civilgesetzbuch ausdrücklich bezeichneten Fällen findet die Retention statt, sofern derjenige, welcher für den Falliten bezahlt hat oder zu zahlen sich verpflichtet hat, dem letzteren gehörige Waren oder Kreditwerte in Händen hat, vorausgesetzt, daß dieser Besitz aus einer freiwilligen Handlung des Falliten herrührt und daß diese Gegenstände nicht für einen bestimmten Zweck übersendet worden sind".

1) Wohnen Kommittent und Kommissionär an demselben Orte, so ist eine ausdrückliche Verpfändung gemäß den im bürgerlichen Gesetzbuch vorgeschriebenen Formen notwendig, art. 85.

andernfalls jedoch ist gerichtliche Mitwirkung erforderlich. Endlich gewährt das Holländische Recht auch dem Einkaufskommissionär ein Retentionsrecht, das allerdings auf die auf das specielle Kommissionsgut bezüglichen Auslagen, Verwendungen und Provisionen beschränkt ist.[1])

Durch Gesetz vom 4. Juli 1874 ist die Unterscheidung der Rechte des Einkaufs- und Verkaufskommissionärs aufgehoben worden. Es hat nunmehr ein jeder Kommissionär ein — auch im Konkurse wirksam bleibendes — Vorzugsrecht am Kommissionsgut, ganz gleich, von welchem Orte ihm dasselbe zugesandt ist. Das Domizil des Kommittenten ist also nach dem neuen Gesetz belanglos. Lediglich die Unterscheidung in der Art des Verkaufes hat sich erhalten.

In England und den Staaten der Nordamerikanischen Union[2]) ist ein ausgedehntes Deckungsrecht, hauptsächlich zu Gunsten des Kommissionärs und des Bankiers in Geltung.

In Deutschland kam, wenngleich in fast allen größeren Handelsplätzen partikularrechtliche Bestimmungen über das Deckungsrecht existierten, das Zurückbehaltungsrecht über das Geltungsgebiet dieser rein lokalen Rechtsquellen[3]) hinaus nur beschränkt in Gebrauch. Gemeinrechtlich galt auch in Handelssachen positives gemeines Recht, das materiell einen höchst ungenügenden Schutz darstellte und hinter dem Bedürfnis des Handelsverkehrs weit zurückblieb.

Auch den partikularen Gesetzgebungen war das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht fremd. So kannte z. B. das preußische Allg. Landrecht I, 20, § 539; I, 13, § 82 f. lediglich ein Retentionsrecht für attestierte, fällige Forderungen, die auf demselben Rechtsgeschäft, durch welches die Rententionsobjekte in den Besitz des Retinenten gelangt waren, basieren mußten. Nebenher war dem

---

1) Vergl. Goldschmidt, Handb. S. 1010 Anm. 45, Laband a. a. O. S. 429 f.

2) Goldschmidt, Handb. S. 1011 f.

3) In Betracht kommen hauptsächlich: Das Gebiet der österr. W.-O. von 1763, der Augsburger und Nürnberger W.-O., ferner ein großer Teil Österreichs und Bayerns sowie Frankfurt und Hamburg.

Faustpfandgläubiger in beschränkter Form ein Retentionsrecht eingeräumt.

Erst durch die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 (Preuß. K.O. § 33 Z. 8 u. 6) wurde Wandel geschaffen, indem der dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht zu Grunde liegende Gedanke eines besonderen kaufmännischen Sicherungsmittels in dem Separations- und Vorzugsrecht des Kommissionärs und Spediteurs und in dem lege normirten Pfandrecht des Frachtführers schärfer zur Geltung kam.

Noch mehr erschwerte das österreichische Gesetzbuch von 1811 §§ 334, 471 die Ausübung der Retention. Es machte die Geltendmachung von einer gerichtlichen Hinterlegung abhängig und versagte dem Faustpfandgläubiger das Retentionsrecht am Pfande überhaupt.

Der code civil art. 867, 1885, 1948, 2082 kannte neben einem beschränkten pignus Gordianum des Faustpfandgläubigers nur ein Retentionsrecht wegen Impensen im Interesse der Retentionsobjekte.

So war der deutsche Rechtszustand ein ebenso verwickelter wie unbefriedigender[1]) und es mußte mit der wachsenden handelspolitischen Einsicht naturgemäß der Plan einer einheitlichen Zusammenfassung der handelsrechtlichen Normen auftauchen. Die Kodifizierung des H.G.B. hat diesem Gedanken feste Gestalt gegeben und speciell die unser Thema darstellende Materie — wie allseitig anerkannt wird — zu einer glücklichen Lösung geführt.

Die mit der Beratung des H.G.B. betraute Nürnberger Konferenz hat unter Ablehnung der preußischen Entwürfe[2]) der Materie der Regelung des kaufmännischen Deckungsbedürfnisses den

1) Goldschmidt, Handb. S. 1013.

2) Der erste preußische Entwurf erkennt den Kommissionären, Spediteuren und Frachtführern ein Pfandrecht mit erleichterter Verkaufsbefugnis zu, nach den Grundsätzen der Preuß. K.-O., daneben aber allgemein an dem bestellten Pfande ein Retentionsrecht wegen aller später entstandenen kaufmännischen Verpflichtungen, welche vor Tilgung der ursprünglichen Forderung verfallen. Der II. Entwurf erweiterte, den Beschlüssen der Berliner Konferenz folgend, die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs und Frachtführers, wie das Retentionsrecht des Pfandgläubigers. Goldschmidt, Handb. S. 1015.

§ 50 des revidierten österreichischen Entwurfes[1]) zu Grunde gelegt, der auf der österr. Wechselordnung von 1763 basierend den Vorzug einer langjährigen praktischen Erprobung des Instituts für sich hatte. An Widerspruch gegen den österr. Entwurf fehlte es durchaus nicht. Teils waren es Einwürfe speciellerer Natur, welche gegen die neue Institution laut wurden, teils die Auffassung, daß das Princip im allgemeinen zu Bedenken Anlaß gebe. Ein Bedürfnis für soweit gehende Bestimmungen, wie der § 50 sie treffe, liege keineswegs vor. Dieser ziehe die Grenzen für die Befugnis des Gläubigers zu weit und werde schwere Mißbräuche im Gefolge haben. Die Waffen, mit denen die Gegner des österr. Entwurfes kämpften, waren nicht gut gewählt. Es war den Anhängern des § 50 ein leichtes, die theoretischen Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit des Instituts durch den Hinweis auf den althergebrachten und bewährten Rechtszustand in einem beträchtlichen Teile Deutschlands zu entkräften und so das Unzutreffende der geäußerten Befürchtungen darzulegen. Diese Beweisführung ex usu war nicht zu widerlegen und die Ansicht der Praktiker trug den Sieg davon.

Somit wurde auf Grund der Beschlüsse I. Lesung der § 50 von der Redaktionskommission als art. 262 in folgender modifizierter Fassung in Vorschlag gebracht:

„Ein Kaufmann hat wegen seiner aus Handelsgeschäften entspringenden Forderung ein gesetzliches Pfandrecht auf alle beweglichen Vermögensstücke des Schuldners, welche mit dessen Wissen und Willen in seinen Besitz (Innehabung) gekommen sind und sich noch in seinem

---

1) „Protokollierten Handelsleuten kommt für alle ihnen aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen auf Waren und anderes bewegliches Vermögen ihres Schuldners, welches durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmäßige Weise in ihre Innehabung gekommen ist, das gesetzliche Pfandrecht zu, daraus unbeschadet früherer Ansprüche dritter Personen, vorzugsweise ihre Befriedigung zu erlangen, anderen Gläubigern kann darauf nur in Ansehung des Restes, welcher nach Berichtigung dieser Handelsforderungen erübrigt, mit Wirksamkeit Verbot oder Exekution erteilt werden."

Gewahrsam befinden, insofern nicht die Parteien über das Gegenteil ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen sind."

Aber das Schicksal des neuen Instituts war hiermit noch nicht entschieden. In der II. Lesung entbrannte der Kampf der Meinungen aufs neue und von den Gegnern wurde durch das Konferenzmitglied v. Hahn sogar ein Antrag auf Streichung des ganzen art. 262 eingebracht. Lebhafte Kontroversen knüpften sich auch an die Bezeichnung des Retentionsrechtes als gesetzliches Pfandrecht und führten dazu, daß man diese Qualifizierung fallen ließ, weil man die aus der territorialen Verschiedenheit der Pfandrechtswirkungen entspringenden Rechtsungleichheiten nicht übernehmen, sondern überwinden wollte.[1]) Schließlich acceptierte die Redaktionskommission aus den mehrfach eingegangenen Änderungsvorschlägen einen Antrag, der in dem Entwurf II. Lesung als art. 294 folgendermaßen formuliert wurde:

„Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen andern Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) an allen beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat, oder sonst insbesondere vermittelst Konnossemente, Ladescheine oder Lagerscheine noch in der Lage ist, darüber zu verfügen.

„Dies Recht tritt jedoch nicht ein, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung in einer bestimmt vorgeschriebenen Weise mit denselben zu verfahren widerstreiten würde.

„Das Zurückbehaltungsrecht besteht selbst für die nicht fälligen Forderungen, wenn der Schuldner unsicher geworden ist.

„Im Falle der Schuldner unsicher geworden ist, steht auch die Übernahme der Verpflichtung, in einer bestimmt vorgeschriebenen Weise mit den Gegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungs-

1) Puchelt zu art. 313,2 S. 852.

recht nicht entgegen, sofern die Umstände, aus welchen die Unsicherheit hervorgeht, erst nach der Übernahme der Verpflichtung eingetreten sind oder dem Gläubiger bekannt geworden sind.

„Der Gläubiger ist verpflichtet, von der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes den Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen. Er ist befugt, wenn ihn dieser nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gericht gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen; er kann sich aus dem Erlöse vor den andern Gläubigern befriedigen. Der Gläubiger hat diese Rechte auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners.

„Die in diesem Artikel dem Gläubiger gegebenen Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien dies besonders vereinbart haben."

So war nun am Ende der II. Lesung das neue Recht ziemlich in seiner späteren Gestalt zur Existenz gelangt und erlitt auch in der Folge keine wesentliche principielle Änderung mehr. Lediglich aus redaktionellen Gründen wurden in der III. Lesung geringfügige Modifikationen vorgenommen, nach denen die Materie des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes in der Fassung der art. 313—316[1]) in das Handelsgesetzbuch aufgenommen wurde.

Die Neugestaltung des bürgerlichen Rechtes ist auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ohne Einfluß geblieben. Das Retentionsrecht des B.G.B.[2]) weist nämlich dieselben Voraussetzungen auf, wie das des gemeinen Rechtes: Forderung und Gegenforderung müssen aus demselben rechtlichen Verhältnis entstanden sein — Konnexität —; die des Retentionsprätendenten muß fällig sein, die von ihm geschuldete Leistung braucht nicht in der Herausgabe einer beweglichen Sache zu bestehen und kann durch Sicherheitsleistung abgewendet werden. Auch die Ausübung ist die gleiche; sie erfolgt

1) So noch giltig in Österreich und Lichtenstein, mit geringen Modifikationen recipiert in Ungarn H.G.B. §§ 309, 310, Bosnien und Herzegowina H.G.B. §§ 326, 327 und in der Schweiz, Obligationenrecht §§ 224—228.

2) B.G.B. §§ 273, 274.

lediglich durch Verweigerung der geschuldeten Leistung, ohne daß der Retentionsberechtigte die Befriedigung seines Anspruches durch Klage erzwingen könnte; der Klage des Retentionsgegners gegenüber läßt sich sein Recht nur als Einrede geltend machen, die bewirkt, daß er nur zur Leistung Zug um Zug verurteilt wird.[1])

Der eigenartige Charakter des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ist somit durch das B.G.B. unberührt gelassen und in die durch die Neugestaltung des bürgerlichen Rechtes bedingte Fassung des H.G.B vom 10. Mai 1897 mit hinübergenommen worden. Die §§ 369—372, die dort das Zurückbehaltungsrecht behandeln, beruhen auf der Grundlage der art. 313—316, nur in einzelnen Beziehungen sind Änderungen und Ergänzungen vorgenommen.

§ 3.

Die rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechtes.

Der das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht behandelnde Abschnitt des Handelsgesetzbuches beschränkt sich darauf, gewisse praktische Rechtssätze aufzustellen, ohne sich auf eine Definition des Rechtes einzulassen, sodaß die wissenschaftliche Untersuchung vor die Aufgabe gestellt ist, für diesen Rechtsbegriff eine Formulierung zu finden. Lange Zeit hindurch ist die eigenartige Signatur des Zurückbehaltungsrechtes von der Doktrin verkannt worden. Man suchte das Institut in die aufgestellten Systeme der Vermögensrechte einzureihen, ohne dabei auf seine Eigenschaft als ius sui generis zu achten, ohne zu bedenken, daß man eine Neuschöpfung vor sich hatte. Erst mehrfache oberstgerichtliche Entscheidungen und eine klärende theoretische Durchdringung des Rechtsstoffes vermochten die Eigenart des neuen Instituts zur Geltung zu bringen.

Aus der großen Zahl von Anschauungen, welche über die Natur des Zurückbehaltungsrechtes herrschen, mögen die hauptsächlichsten folgen:

---

1) Im besonderen Falle des B.G.B. § 1003 hat er auch ein Verkaufsrecht.

Laband[1]) definiert:

„Die Frage, ob das im Art. 313 ff. normierte Recht als Pfandrecht oder als Retentionsrecht bezeichnet werden soll, wurde daher als formelle, d. h. redaktionelle betrachtet; der Unterschied wurde nicht als ein principieller aufgefaßt; Voraussetzungen, Wirkungen, Umfang und Geltendmachung des Rechtes wurden an und für sich festgestellt und als Hauptgrund für die Abänderung der ursprünglichen Bezeichnung wurde die Verschiedenheit der Partikularrechte in Betreff der Wirkungen des Pfandrechts geltend gemacht. Es wurde also das Vorzugsrecht als ein zwischen dem wirklichen Pfandrecht und dem gewöhnlichen Retentionsrecht mitten innestehendes Recht aufgefaßt, es sollte dem eigentlichen Faustpfandrecht nicht gleichstehen, den gemeinrechtlichen Regeln aber auch nur insoweit unterliegen, als nicht die Anordnungen des H.G.B. selbst Abweichungen begründen. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erscheint demnach als ein „qualifiziertes Retentionsrecht",[2]) welches sich einerseits vom kaufmännischen Faustpfande, andererseits vom bürgerlichen Retentionsrecht unterscheidet."

Wenn Laband weiter ausführt, daß der Gläubiger auf Grund dieses „qualifizierten Retentionsrechtes" in den zurückbehaltenen Gegenständen ein Exekutionsobjekt für seine Forderung besitze,[3]) so macht er seine Formulierung damit unannehmbar. Exekutionsobjekte sind die Retenta durch das Zurückbehaltungsrecht keineswegs geworden, da die Befugnis, sie als solche zu behandeln, dem Retinierenden erst auf Grund eines vollstreckbaren Titels verliehen wird.

v. Hahn[4]) stellt das neue Institut in die Mitte zwischen dem römischen Retentionsrecht und der Kompensation, erkennt aber an, daß es zugleich Elemente aus dem Pfandrecht und der Arrestlegung aufgenommen habe.

1) Laband in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. H.R. IX, S. 484 f.

2) Siehe hierzu Goldschmidt, Hndb. I, 2. § 98. S. 1030.

3) So auch Hahn zu Art. 315 § 1 S. 187.

4) Hahn zu Art. 313 S. 171.

Goldschmidt[1]) charakterisiert das Zurückbehaltungsrecht als „ein eigentümliches Rechtsinstitut, und zwar seinem überwiegenden Charakter nach, weil es das Recht der Befriedigung aus fremden Sachen zum Zwecke der Sicherung von Forderungen gewährt, als ein gesetzliches Pfandrecht, aber in vielen Beziehungen mit den schwächeren Wirkungen eines Retentionsrechtes, in einzelnen Beziehungen in Art eines Arrest-, in andern nach Art eines Kompensationsrechtes gestaltet."

Diese Theorie erscheint durchaus unbedenklich und steht auch mit der Anschauung der Praxis im Einklang.

Ähnlich wie Goldschmidt definiert Puchelt:[2])

„Im wesentlichen gewährt dasselbe gesetzliches Pfandrecht, welches in einzelnen Wirkungen nach Art eines gewöhnlichen Retentionsrechtes abgeschwächt, in andern einem Kompensationsrecht ähnlich ist."

Anschütz u. v. Völderndorff[3]) zeigen eine analoge Auffassung:

„Das kaufmännische Retentionsrecht ist im Allg. D.H.G.B. zu einem pfandmäßigen Rechte ausgebildet, ohne jedoch ein vollständiges Pfandrecht zu sein. Es ist ein Zurückbehaltungsrecht mit gewissen Wirkungen des Pfandrechts, eine Zwischenbildung zwischen dem reinen Pfandrecht und dem reinen civilrechtlichen Retentionsrecht." — — — — Die vorstehenden Definitionen erkennen übereinstimmend den pfandrechtlichen Effekt des Zurückbehaltungsrechtes an. Inwieweit jedoch dieser pfandrechtliche Charakter in Erscheinung tritt, ob als wirkliches gesetzliches Pfandrecht, ob imprägniert mit Prinzipien, die dem Arrest, Kompensationsrecht oder civilrechtlichen Zurückbehaltungsrecht entnommen sind, darüber herrscht Meinungsverschiedenheit. Ein Vergleich des Zurückbehaltungsrechtes mit den in Rede stehenden Instituten wird uns der Lösung dieser Frage vielleicht näher bringen.

---

[1]) Goldschmidt, Hndb. I, 2 § 98, S. 1031, 1032.
[2]) Puchelt zu Art. 313 S. 852.
[3]) Anschütz u. v. Völderndorff III, S. 193.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist zunächst wesentlich verschieden von dem Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechtes. Das letztere, auf den §§ 273, 274 B.G.B. basierend, greift Platz erstens, wenn jemand aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, — er kann in diesem Falle, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergiebt, die Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist — und ferner, wenn jemand zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist und ihm wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens ein fälliger Anspruch zusteht. Der erste Fall ist insofern vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht verschieden, als dieses in der Befugnis des Gläubigers besteht, eine in seinen Besitz gekommene bewegliche Sache des Schuldners zu retinieren, nicht aber eine geschuldete Leistung zu verweigern. Der zweite Fall kommt dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht in dieser Hinsicht schon näher: hier wie dort wird eine Sache zurückbehalten. Aber die Gleichartigkeit der Ausübung ist doch nur eine scheinbare, denn sie entspringt wesentlich verschiedenen Motiven. Während nämlich der kaufmännische Retinent sein Zurückbehaltungsrecht in der Absicht übt, in den Retentionsobjekten ein Deckungsmittel, ein Äquivalent für die ihm zustehende Forderung in der Hand zu haben, hat der bürgerliche Retentor diesen Zweck nur sekundär im Auge: ihm kommt es vor allem darauf an, den Schuldner durch Vorenthaltung seiner Sachen zu zwingen, der ihm obliegenden Verpflichtung gegen ihn — den Gläubiger — nachzukommen. Das R.O.H.G. hat es freilich „mehr als bedenklich" gefunden, das gemeinrechtliche Retentionsrecht als ein Mittel zu betrachten, den Gegner zu einer Leistung zu nötigen.[1])

Allein diese Auffassung bedarf kaum der Widerlegung, wird auch vom R.G. nicht geteilt, welches in Ansehung des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes entschied: „Der Zweck des Retentionsrechtes ist es gerade, den andern Teil durch Vorenthaltung dessen, was dieser

1) cf. Puchelt zu art. 313, 2, S. 853.

fordern darf, zu zwingen, dasjenige zu leisten, was er zu leisten verpflichtet ist."

Mit der Befugnis, die Retentionsobjekte zum Zwecke der Nötigung dem Schuldner vorzuenthalten, endet das Recht des bürgerlichen Retinenten, nie kann er — und darin liegt ein weiteres Merkmal des tiefgreifenden Unterschiedes vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht — mit seinem Retentionsrecht die Zahlung als dessen Objekt erlangen; er ist nur im Stande die Leistung zu verweigern, also den Besitz der Sache, auf deren Herausgabe der Schuldner ein Recht hat, zu behalten. Sein Zurückbehaltungsrecht kann daher — nach der Sprachweise des gemeinen Rechts — nur als exceptio doli geltend gemacht werden, die nur bewirkt, daß er verurteilt wird zu leisten, sobald der Gegner seinerseits geleistet hat.

Viel weiter geht das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht. Dieses will dem Gläubiger eine wirkliche Deckung, einen reellen Ersatz für die ausgefallene Forderung verschaffen. Aus diesem Grunde ist es zu einem Pfandrecht gesteigert, denn der Berechtigte darf sich nach den Grundsätzen des Pfandverkaufs aus dem Retentionsobjekt bezahlt machen, wenn er einen vollstreckbaren Titel hat und er kann auf Gestattung der Befriedigung klagen.

Eine weitere Divergenz der beiden Rechtsbildungen findet statt in der Frage der Konnexität. Während das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechtes nur Platz greift für Ansprüche, die aus demselben rechtlichen Verhältnis hervorgegangen sind, gewährt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem Gläubiger Sicherheit für alle seine Ansprüche gegen den Schuldner. Die handelsrechtliche Retention erweist sich somit als ein stärkeres Recht, ihre Virtualität ist ausgedehnter und umfaßt auch die Fälle, in denen das civilrechtliche Zurückbehaltungsrecht versagt.

Somit führt der Versuch, in der Struktur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes Anklänge an das des bürgerlichen Rechtes zu finden, nicht zum Ziel. In Styl und Aufbau ist der Kontrast der beiden Rechte ein so großer, daß schließlich nichts gemeinsames mehr bleibt, als — der Name.

Zu einem ähnlichen Ergebnis wird uns der Vergleich des Zurückbehaltungsrechtes mit der Kompensation führen.

In den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz wurde öfter darauf hingewiesen,[1]) daß die Idee, auf welcher das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht beruht, eine Ausdehnung der Kompensationsbefugnis von Geld auf Sachen sei, die man sich in Geld auflösbar, als Geldeswert vorzustellen hat. Hieraus ergiebt sich von selbst die Beschränkung auf fällige Forderungen und die Teilbarkeit, und darum war es auch nötig, dem Retinenten das Befriedigungsrecht, das im pfandartigen Verkauf gipfelt, zu geben, um den Umsatz in Geld herbeiführen zu können.

Daß diese Bestimmungen dem Kompensationsgedanken entlehnt sind, trifft allerdings zu. Es giebt mehrere Punkte, in denen zwischen der Kompensation und dem Zurückbehaltungsrecht Übereinstimmung herrscht. Aber falsch wäre es, diese Übereinstimmung auch im allgemeinen anzunehmen und in dem Zahlungsmodus bei der Retention auch wirklich eine Kompensation zu erblicken. Man mag zu diesem Trugschluß leicht durch den gleichartigen ökonomischen Effekt verleitet werden, den beide Rechtsbildungen nach sich ziehen, darf aber nicht übersehen, daß dieser in juristisch durchaus verschiedener Weise zu Wege gebracht wird.

Das Kriterium der Kompensation beruht darin, daß von zwei gegenüberstehenden Forderungen eine durch die andere getilgt wird. Der Gläubiger erhält nicht den Gegenstand seiner Forderung, sondern Befreiung von seiner eigenen Schuld; jeder Kontrahent zahlt mit seiner eigenen Forderung.

Ganz anders beim Zurückbehaltungsrecht. Hier stehen sich nicht zwei Forderungen gegenüber, sondern es besteht nur eine Forderung, die des Retentionsberechtigten, denn der Anspruch, den der Schuldner kraft des Obligationsverhältnisses, auf Grund dessen seine Sachen in den Besitz des Gläubigers gekommen sind, auf Herausgabe dieser Gegenstände hat, ist ja in dem Moment, in welchem die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes sämtlich vorliegen, gehemmt.

1) Prot. S. 466 ff., 1347, 1351.

Der Schuldner hat also keinen Anspruch mehr, seine Sachen herauszufordern: der Gläubiger darf sie zurückhalten und sich, wenn er das will, aus ihnen bezahlt machen.

Im Gegensatz zur Kompensation beruht demnach das Zurückbehaltungsrecht nicht auf zwei Forderungen, sondern nur auf einer, der des Gläubigers. Der schuldnerische Anspruch kommt als solcher gar nicht in Betracht, er erreicht mit dem Zustandekommen des Zurückbehaltungsrechtes sein Ende und lebt erst wieder auf, wenn dasselbe in Wegfall kommt. Ist die durchgeführte Befriedigung der Grund des Erlöschens, so beschränkt sich der Anspruch in diesem Falle auf den eventuellen Mehrerlös.

Was nun den zweiten Punkt, die Befriedigung anlangt, so erfolgt diese, wie wir gesehen haben, bei der Kompensation in der Weise, daß jeder Kontrahent mit seiner Forderung zahlt: jeder gibt seinen eigenen Anspruch auf und erzielt so Befriedigung des andern.

Solche Zahlung mittelst bloßer Wertaufrechnung kennt das Zurückbehaltungsrecht nicht. Hier muß der Gläubiger erst einen vollstreckbaren Titel haben, der regelmäßig nur im Wege der Klage zu erlangen ist. Erst dann kann er zur Befriedigung schreiten und sich mittelst Pfandverkaufs aus den in Geld umgesetzten Waren bezahlt machen.

Was also bei der Kompensation mit der bloßen Kompensationserklärung gethan ist, ist beim Zurückbehaltungsrecht erst auf Umwegen, mit Hülfe vollstreckbaren Titels und mittelst durchgeführten Pfandverkaufs erreichbar. Und ist dann das erreichte Ziel auch wirklich bei beiden Rechten das gleiche? Es war schon an einer früheren Stelle darauf hingewiesen, daß der schließliche ökonomische Effekt, den Zurückbehaltungsrecht und Kompensation nach sich ziehen, ein gleichartiger sei, und als solchen mag man ihn gelten lassen; der gleiche ist er jedoch keineswegs.

Es ist ja gerade das Merkmal der Kompensation, daß sie für die effektive Zahlung einen Ersatz bietet, also ein Mittel darstellt, das einen vollen wirtschaftlichen Ausgleich bezweckt und herbeiführt: jeder Kontrahent wird voll befriedigt, jeder erhält das, was er zu

beanspruchen hat, freilich nicht in Geld, sondern in Form einer entsprechenden Wertmenge.

Von einem solchen vollen wirtschaftlichen Ausgleich kann man beim Zurückbehaltungsrecht nicht sprechen. Der Gläubiger freilich erhält auch hier volle Befriedigung, er erhält das, was ihm zukommt, aber der Schuldner ist mannigfach geschädigt. Ihm erwachsen durch Lagerkosten, Zinsen und dergl., ja schon durch das bloße Vorenthalten seiner Sachen, Nachteile, die in dem Erlöschen seiner Schuld keine Deckung finden und ihn so, im Verhältnis zum Gläubiger wirtschaftlich erheblich schlechter stellen.

Zurückbehaltungsrecht und Kompensation unterscheiden sich somit erheblich; beide sind weit verschiedene Dinge, die ganz verschiedenen Zwecken dienen, hier der Zahlung, dort der Sicherung.

Es erübrigt nunmehr, das Zurückbehaltungsrecht mit dem Pfandrecht in Parallele zu stellen.

Schon ein flüchtiger Blick zeigt, daß Pfandrecht und Zurückbehaltungsrecht eng verwandte Rechtsbildungen sind: der gemeinsame Sicherungszweck, die gleichartig ausgestaltete Form der Realisierung beider Rechte, sind Erscheinungen, die auf einen innigen Zusammenhang in ihrem Wesen und Charakter hinweisen. Aber so eng auch die Verknüpfung beider Rechte in ihrem Zweck und praktischen Ziele ist, in ihrem Inhalt und in ihren Wirkungen weisen sie doch Unterschiede auf, auf Grund derer sie als besondere Rechtsformationen angesehen werden müssen.

Die Hauptverschiedenheit besteht darin, daß das Pfandrecht dinglicher Natur, das Zurückbehaltungsrecht dagegen ein persönliches Recht ist.

Die obligatorische Natur des Zurückbehaltungsrechtes ist allerdings nicht unbestritten. Staub z. B. wendet sich mit Entschiedenheit gegen die Auffassung, daß das Zurückbehaltungsrecht ein persönliches Recht sei. Man darf eben nicht übersehen, daß der Mangel bestimmter, gesetzlich festgelegter Grenzen dem subjektiven Ermessen einen ausgedehnten Spielraum läßt und daß man daher die Scheidung beider Rechte nicht als eine derart absolute und

schroffe ansehen darf, daß sich nicht auch hier Annäherungspunkte fänden.

Der an die Spitze gestellte, doktrinell wichtige Unterschied zwischen Pfand- und Zurückbehaltungsrecht verliert um so mehr an Bedeutung, als der Charakter des Pfandrechts als eines dinglichen Rechtes von der Gesetzgebung keineswegs streng festgehalten worden ist. So erlischt das Pfandrecht an Sachen, die an einen mit dem Pfandrecht unbekannten Erwerber veräußert sind; an Geld, Inhaberpapieren, sowie an Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden, sogar dann, wenn dieselben gestohlen, verloren, oder sonst abhanden gekommen waren. Im übrigen besteht das Pfandrecht jedoch als ein dingliches Recht mit voller Kraft fort, sodaß an der prinzipalen Unterscheidung des Pfandrechts als eines dinglichen und des Zurückbehaltungsrechtes als eines persönlichen Rechtes festgehalten werden muß.

Das Pfandrecht gewährt also dingliches, gegen jeden dritten Besitzer der Pfandsache wirkendes durch dingliche Klage geschütztes Recht: es überdauert jeden Wechsel des Eigentums an der Sache, ausgenommen, wie wir gesehen haben, gegenüber einem gutgläubigen Erwerber. Das Zurückbehaltungsrecht dagegen ist nur ein persönliches Recht des Gläubigers gegen den Schuldner. Es erliegt daher den begründeten Einreden Dritter, die ein dingliches Recht an dem zurückbehaltenen Gegenstande haben und zwar ist dies jedenfalls der Fall, wenn das dingliche Recht des Dritten älter ist als das Zurückbehaltungsrecht. Ist dagegen das Zurückbehaltungsrecht früher entstanden, so kann niemand — abgesehen vom Falle realer Tradition — ein Recht an der Sache, durch Übertragung des mittelbaren Besitzes oder durch Vindikationscession, zum Nachteil des Retentionsberechtigten erlangen.

Nach dem B.G.B. § 986, 2 kann nämlich: „Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen."

Ebenso kann ein Pfandgläubiger, der an der Pfandsache zugleich für seine Forderung ein Zurückbehaltungsrecht hat, die Vorschriften[1]) des § 1249,2 und 268 Abs. 2, 3 geltend machen und ist dagegen geschützt, daß dieses Recht durch Einlösung des Pfandes von Seiten eines Rechtsnachfolgers des Schuldners beeinträchtigt wird.

In einem Falle jedoch versagt die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes später entstandenen fremden Rechten gegenüber, wenn diese nämlich selbst gesetzliche Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte sind. Läßt z. B. der Verkäufer die bereits in das Eigentum des Käufers übergegangene Ware diesem durch einen Spediteur zusenden, so hat das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers wegen anderweitiger Forderungen an den Käufer nicht den Vorrang vor dem lege normierten Pfandrecht des Spediteurs und Frachtführers.

Ebenso geht auch das Verfolgungsrecht des Absenders dem Zurückbehaltungsrecht des Spediteurs und Frachtführers wegen Forderungen an den Empfänger vor.

Die beiden letzten Beispiele unterstützen unsere Ansicht von der obligatorischen Natur des Zurückbehaltungsrechtes. Aber auch aus der Thatsache, daß das Zurückbehaltungsrecht, abgesehen vom Falle realer Tradition, sonst jedem jüngeren Rechte gegenüber die gleichen Wirkungen äußert, wie ein dingliches Recht, darf man keineswegs schließen, daß das Zurückbehaltungsrecht ein dingliches Recht ist. Denn diese Wirkungen äußern sich nur in dem Falle und nur solange, als der Retentionsgläubiger die Retentionsobjekte im unmittelbaren Besitz hat, oder mittelbar in der Weise über dieselben verfügt, daß ihm ein klagbarer Anspruch auf Herausgabe zusteht. Diese Einschränkung stellt einen erheblichen Unterschied vom Wesen des dinglichen Rechtes dar.

---

1) § 1249 B.G.B.: „Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an den Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist." § 268 Abs. 2, 3 B.G.B.: „Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden."

Wenn man daher, wie Staub dies versucht, aus den scheinbar, oder auch eingeschränkt dinglichen Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes die Folgerung ziehen will, daß der Retinent auch im Falle des Verlustes der Retentionsobjekte sein Zurückbehaltungsrecht jedem Dritten gegenüber zur Geltung bringen kann, so übersieht man, daß diese Schlußfolgerung mit der durchaus notwendigen strikten Interpretation des Zurückbehaltungsrechtes unvereinbar ist. Die ausdrückliche Bestimmung des § 369 H.G.B.: „sofern er sie (die Sachen) noch im Besitz hat, oder . . . . . darüber verfügen kann" schließt die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes absolut aus, sobald der Gläubiger die Retentionsobjekte nicht mehr im unmittelbaren Besitz hat, oder mittelbar über dieselben zu verfügen in der Lage ist. Nur soweit der Retinent durch die faktische Innehabung thatsächlich gegen die Dispositionen des Schuldners über die zurückbehaltenen Gegenstände geschützt ist, nur soweit ist er durch sein Retentionsrecht auch Dritten gegenüber gesichert.
In diesem Sinne entschied das R.O.H.G.:[1] „Das Zurückbehaltungsrecht ist nur ein unvollkommenes, nicht durch dingliche, sondern lediglich Besitz-, Contrakts- und Deliktsklagen geschütztes Pfandrecht . . . . ."

Auch die reichsgerichtliche Judikatur[2] hält an der Ansicht von der persönlichen Natur des Zurückbehaltungsrechtes fest.

Aber auch außer seiner obligatorischen Natur weist das Zurückbehaltungsrecht mancherlei Unterschiede vom Pfandrecht auf. So ist der Pfandgläubiger zur Herausgabe der Pfandsache nicht eher, als nach Befriedigung der Pfandforderung verpflichtet, wogegen der Retinent seine Deckung gegen Bestellung anderweitiger Sicherheit dem Schuldner ausfolgen muß.

Ferner wird der pfandrechtliche Grundsatz von der ungeteilten Haftung des ganzen Objekts vom Zurückbehaltungsrecht nicht geteilt, vielmehr darf dieses nur soweit, als zur Sicherheit erforderlich, also nur an einem dem Werte nach der Forderung entsprechenden

1) R.O.H.G. V, 307.
2) R.G. VIII, 82.

Teile ausgeübt werden. Endlich sei noch der praktisch wichtige Unterschied aufgeführt, daß der Retentionsgläubiger im Gegensatz zum Pfandgläubiger sein Befriedigungsrecht nur dann geltend machen kann, wenn er im Besitz eines vollstreckbaren Titels ist.

Es erhellt somit, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, so nahe es in seiner Wirkung an das Pfandrecht heranreicht, doch ein erheblich schwächeres Recht als dieses ist.

Zum Schluß unserer Gegenüberstellungen sei das Arrestrecht noch kurz erwähnt. Auch dieses ist vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht verschieden, denn das letztere greift Platz auch ohne jede nachweisbare Gefährdung des Gläubigers; allerdings ist es stärker bei kundgewordenem Vermögensverfall des Schuldners und insofern mit Elementen aus dem Arrestrecht versetzt.

Nach alledem stellt sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dar als eine auf eigenen Ideeen ruhende legislative Neuschöpfung, als ein pfandartiges Institut, dessen Inhalt das persönliche Recht des Gläubigers umfaßt, die Sachen des Schuldners, die sich in seinem Besitz befinden, bis zur Befriedigung seines Anspruchs zurückzuhalten und bei ausbleibender Erfüllung die Veräußerung dieser Sachen behufs Ermöglichung der Kompensation zu betreiben, mit andern Worten: diese Sachen als Exekutionsobjekte in Anspruch zu nehmen.

Dieses Recht ist insoweit ein accessorisches Recht, als es ohne einen Anspruch, zu dessen Sicherung und Befriedigung es dient, weder zu entstehen noch fortzubestehen vermag. Weiter geht jedoch seine Bedeutung als eines accessorischen Rechtes nicht und es ist keineswegs eine accessorische Qualität der Forderung, welche mit dieser auf jeden Erwerber derselben übergeht. Vielmehr ist das Zurückbehaltungsrecht in dieser Richtung selbständig und seiner Natur nach nicht übertragbar. Dies geht aus dem Wortlaut des Gesetzes unzweifelhaft hervor: die Forderung, wegen derer die Zurückbehaltung erfolgt, muß auf einem „beiderseitigen" Handelsgeschäft beruhen, d. h. der Gläubiger, der das Zurückbehaltungsrecht ausüben will, muß dieselbe Person sein, die das Handelsgeschäft

mit dem Schuldner abgeschlossen hat. Dies wäre nicht der Fall, wenn der Gläubiger etwa eine auf erbrechtlichem Wege oder durch Cession erworbene Forderung zur Rechtfertigung einer Zurückbehaltung von Sachen des Schuldners gebrauchen wollte. Hierdurch wird selbstredend nicht ausgeschlossen, daß ein zur Existenz gelangtes Zurückbehaltungsrecht auch für und gegen den Universalnachfolger des Gläubigers bezw. Schuldners fortbesteht.

Weiter ist das kaufmännische Deckungsrecht ein subsidiäres Recht,[1]) denn es greift nicht Platz, wenn der Retinent genügende zur Deckung führende Sicherheit in Händen hat. In diesem Falle wird nicht nur das aus § 371 H.G.B. entspringende Distraktionsrecht elidiert, sondern überhaupt das Zurückbehaltungsrecht in Fortfall gebracht. An der geleisteten Sicherheit erwirbt der Gläubiger sodann ein Pfandrecht (§ 233 B.G.B.).

Durch das H.G.B. ist die Anwendung des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechtes auch in Handelssachen keineswegs ausgeschlossen, vielmehr greift dieses da Platz, wo die Voraussetzungen desselben, nicht aber die des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes vorliegen, also z. B. wenn das Retentionsobjekt nicht auf Grund eines Handelsgeschäfts in den Besitz des Gläubigers gelangt oder die Forderung des letzteren nicht aus beiderseitigen Handelsgeschäften entstanden ist. In diesem Falle also steht auch dem kaufmännischen Verkehr der Schutz des bürgerlichen Rechtes zur Seite, doch ist es erforderlich, daß der Anspruch des Gläubigers aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, hervorgegangen ist. Freilich kann der Retinent Befriedigung seines Anspruchs durch Klage nicht erzwingen. Der Klage des Retentionsgegners gegenüber läßt sich sein Recht nur als Einrede ausüben, die nur bewirkt, daß er verurteilt wird zu leisten, sobald der Kläger seinerseits geleistet hat.

---

1) Goldschmidt I, 2 S. 1053, 1. Hahn zu art. 315 § 11, S. 190. Ders. zu art. 313 § 15, S. 182. Puchelt, S. 856.

II.
Voraussetzungen.

§ 4.

A. Allgemeines.

Man kann in den Voraussetzungen, die zur Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes vorliegen müssen, eine Präcisierung des Erfordernisses der Konnerität zwischen Forderung und Retentionsobjekt erblicken, deren Vorhandensein das gemeine Retentionsrecht zu seiner hauptsächlichsten Existenzbedingung machte. Den Begriff dieser Konnerität, für ein neues Gesetz, welches das Recht in Deutschland fest und einheitlich gestalten sollte, festzuhalten, erschien wegen seines ungewissen und schwankenden Charakters durchaus unthunlich; es mußten klare und bestimmte thatsächliche Momente aufgeführt werden, bei deren Vorhandensein das Zurückbehaltungsrecht begründet sein soll.

Demgemäß verlangt das H.G.B., daß jede der im § 369 aufgeführten Voraussetzungen in einem gewissen Zusammenhang mit den Geschäftsbeziehungen des Gläubigers und Schuldners stehe. Durch diese thatsächliche Beziehung im engbegrenzten geschäftlichen Verkehr der Parteien wird für die vom bürgerlichen Rechte erforderte Konnerität ein hinreichendes Äquivalent geschaffen, da die Geschäftsverbindung zwischen den beiden Momenten — Forderung und Retentionsobjekt — einen inneren wirtschaftlichen Zusammenhang herstellt. Die allgemeinen Voraussetzungen betreffen: die Subjekte, die Objekte, die Forderungen und den Besitz.

§ 5.

B. Die Subjekte.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist auf den engsten kaufmännischen Verkehr beschränkt. Es darf nur ausgeübt werden, wenn der Gläubiger sowohl wie auch der Schuldner Kaufleute sind. Der öster. Entwurf § 50 und ebenso der Entwurf I. Lesung art. 262 forderten nur daß der Gläubiger Kaufmann sei und gestatteten ihm das „gesetzliche Pfandrecht" auch gegen den Nichtkaufmann;[1])

1) So auch die öster. Wechselordnung v. 1763 art. 43.

in II. Lesung wurde jedoch die Einschränkung auf den Verkehr unter Kaufleuten beschlossen, mit der Begründung, daß sonst eine Bevorzugung des kaufmännischen Gläubigers gegenüber dem nichtkaufmännischen vorliegen würde, die sich gerade im Konkurse auf das Ungerechteste geltend mache.

Verliert der Gläubiger seine Kaufmannseigenschaft, so erlischt auch für die Zukunft seine Berechtigung zu retinieren, dagegen bleibt das bereits entstandene Zurückbehaltungsrecht unberührt. Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Schuldner seine Eigenschaft als Kaufmann verliert.[1])

§ 6.

C. Die Objekte.

Als geeignete Gegenstände des Zurückbehaltungsrechtes führt das H.G.B. auf: Wertpapiere[2]) und bewegliche Sachen, d. h. solche beweglichen Objekte an denen ein Sachbesitz körperlich möglich ist. Damit sind zunächst ausgeschlossen Immobilien, desgleichen unverbriefte Forderungen, obgleich diese nach dem bürgerlichen Rechte Gegenstand der Zurückbehaltung sein können.

Geld kann nur dann retiniert werden, wenn es sich um bestimmte in specie normierte Geldstücke handelt, oder auch wenn Geldstücke die Form bestimmter körperlicher Sachen annehmen, also etwa in Rollen oder Geldsäcken. Geldsummen dagegen, d. h. Wertquantitäten, welche in Geld ausgedrückt und zu leisten sind, lassen sich nur zur Kompensation, nicht aber zur kaufmännischen Retention benützen; darum ist nach der reichsgerichtlichen Judikatur[3]) ein Zurückbehaltungsrecht am depositum irregulare nicht zulässig.

1) Vergl. K. Lehmann in d. Zeitschr. für Handelsr. Bd. 48 S. 77, 78.

2) Der öster. Entw. § 50 hat nur „Waaren oder anderes bewegliches Vermögen", I. Nürnb. Entw. art. 262 „alle beweglichen Vermögensstücke", II. Nürnb. Entw. art. 294 „alle beweglichen Sachen u. Wertpapiere".

Die Handelsgesetzbücher von Ungarn, Bosnien u. Herzegowina dehnen das Retentionsrecht auch auf „Gelder des Schuldners" aus.

3) R. G. XII, 90.

Den beweglichen Sachen hat das H.G.B. die Wertpapiere[2]) gleichgestellt; doch bedarf dieser Begriff einer Einschränkung. Wir wissen, daß das Zurückbehaltungsrecht ein eminent kaufmännisches Institut darstellt, denn es greift nur Platz, wenn beide Kontrahenten Kaufleute sind, nur wenn die Forderung, wegen welcher retiniert wird, aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft entstanden ist und nur an Sachen, die auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind. Die Tendenz dieser Vorschriften führt zu der natürlichen Folgerung, daß für den Begriff der Wertpapiere in unserm Fall nur solche Papiere in Betracht kommen, die ihrer Bestimmung nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre leichte Übertragbarkeit Gegenstand des Handelsverkehrs sind. Hierher gehören vor allem die Inhaber- und die indossablen Papiere, also: Pfandbriefe, Inhaber- und Namenaktien, Prioritätsobligationen, dann Wechsel, kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine, wenn sie an Order lauten; ferner die sog. hinkenden Inhaberpapiere, wie Eintrittskarten, Speisemarken und dergl.

Auch die Dispositionspapiere gehören hierher. Bei ihnen ist zu unterscheiden, ob der Gläubiger Adressat des Papiers oder ein Indossatar ist, ob also das Papier auf ihn lautet, oder ob es nicht auf ihn lautet, sondern dem Inhalte nach dem Schuldner das Verfügungsrecht über die Ware giebt. Im ersten Falle erwirbt der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht nicht am Papier, sondern unmittelbar an der Ware selbst, im zweiten Falle aber erwirbt er lediglich ein Retentionsrecht am Papier, oder vielmehr an dem Rechte auf Auslieferung des Gutes.

Als ausgeschlossen von der Retention müssen gelten die Rektapapiere, da ihre Übertragung nur durch Cession möglich ist, ferner solche Papiere, die sich als bloße Beweis- und Legitimationsurkunden darstellen, da ihnen kein selbständiger realisierbarer Vermögenswert inne wohnt. Hierher gehören: Hypothekeninstrumente, Versicherungspolizen, Talons u. s. w. Freilich ist die Möglichkeit der Ausübung

2) Siehe hierzu: Brunner in Endemanns Hndb. II, § 192, S. 147; Gareis, d. Dtsch. H. R. § 69, S. 773.

des Befriedigungsrechtes keine unbedingte Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes. Dasselbe kann daher sehr wohl durch Vereinbarung auch auf ökonomisch nicht verwertbare Beweisurkunden ausgedehnt werden. Die intensivste Hilfe freilich, welche das Zurückbehaltungsrecht gewährt, die Befugnis Befriedigung zu erlangen, kommt hier in Wegfall; der übrige Inhalt des Rechtes jedoch, Besitz und Zurückhaltung, ist nicht ausgeschlossen.

Diese Ausführung greift unseres Erachtens[1]) auch Platz für solche Aktien und Interimsscheine, deren Übertragung nach dem Statut an die Einwilligung der Gesellschaft gebunden ist. Stößt in diesem Falle der Retinent bei der Durchführung seines Befriedigungsrechtes insofern auf Schwierigkeiten, als die Gesellschaft die Genehmigung des Zuschlags an den Käufer versagt, so ist das Zurückbehaltungsrecht damit nicht unmöglich gemacht; es beschränkt sich auch hier auf Besitz und Zurückhaltung. Man darf nicht außer Acht lassen, daß die Durchführung der Befriedigung lediglich ein Recht, keine Pflicht des Retinenten darstellt und daß sie, wenn sie auch den Normalfall bildet, doch nicht in dem Sinne ein essentieller Bestandteil des Zurückbehaltungsrechtes ist, daß der übrige Inhalt desselben, der sich in Besitz und Zurückbehaltung äußert, ausgeschlossen wäre.

Die Sachen und Wertpapiere, an denen das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll, müssen dem Schuldner gehören[2]) oder das Eigentum an denselben von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen sein, und zwar muß dieses so gekennzeichnete Eigentumsverhältnis in dem Augenblicke statt haben, in welchem alle übrigen Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes in der Person des Gläubigers zusammentreffen. Es genügt also nicht, daß beim Besitzerwerb des

1) Anders Staub zu § 369 Anm. 16 S. 1210.

2) Rev. öster. Entw. § 50: „Waren oder anderes bewegliches Vermögen ihres Schuldners", I. Nürnb. Entw. art. 262 „des Schuldners", II. Nürnb. Entw. art. 294 Abs. 1.

Gläubigers die Sachen dem Schuldner gehört haben, wenn das Eigentum daran auf einen Dritten übergeht, bevor die Forderung des Gläubigers entsteht oder fällig wird, oder im Falle des § 370 H.G.B. die dort bezeichneten Thatsachen eintreten. Steht die zurückbehaltene Sache im Eigentum eines Dritten, so kommt die bona fides-Eigenschaft des Retinenten nicht in Betracht; der Schutz gutgläubigen Erwerbs auf Grund der §§ 932 ff. B.G.B. und des § 366 H.G.B. ist also auf das Zurückbehaltungsrecht nicht anwendbar und kann auch nicht analog auf dasselbe ausgedehnt werden. Das Deckungsrecht findet eben nur Anwendung auf Sachen des Schuldners und solche Gegenstände, deren Eigentum der Gläubiger vom Schuldner oder von einem Dritten für ihn erworben hat. Daher sind eigene Sachen des Gläubigers[1]) für die Zurückbehaltung ungeeignet. Der Verkäufer kann deshalb an der vom Käufer bereits bezahlten aber ihm noch nicht übergebenen Ware Ansprüche an den Käufer aus andern Handelsgeschäften im Wege der Zurückbehaltung nicht geltend machen, da der zurückbehaltene Gegenstand ihm kein fremder ist und er zur Übertragung an den Käufer kontraktlich gebunden ist.[2])

Anders liegt der Fall, wenn der Käufer die bereits in sein Eigentum übergegangene Ware dem Verkäufer zur Verfügung stellt. Hier kann der Käufer nach den Vorschriften des § 369 H.G.B., falls er die Ware mit Recht bemängelt hat, die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises beanspruchen, und sich zur Befriedigung für diesen Anspruch an die in seinem Besitz befindliche Ware halten, obgleich sie nicht mehr im Eigentum des Verkäufers steht. Es entspricht eben der natürlichen Auffassung im Verkehr, daß auch die zur Verfügung gestellte Ware als ein Vermögensgegenstand des Schuldners erscheint, der nicht weniger geeignet ist, dem Gläubiger zur Deckung zu dienen, als eine Sache, die wirklich im Eigentum des Schuldners geblieben ist.

---

1) So bereits die Breslauer W.-O. von 1672 art. 22, ebenso „Churfürstl. Sächs. Schöppenurteil von 1718 (Siegel II, 204) Frankf. W.-O. von 1739 art. 54.

2) R.O.H.G. XIX, 57.

Wir haben früher gesehen, daß das Zurückbehaltungsrecht kein dingliches Recht ist, wie das Pfandrecht, sondern lediglich ein persönliches Recht des Gläubigers gegen den Schuldner. Dritte Personen, denen ein dingliches Recht an der zurückbehaltenen Sache zusteht, brauchen also das Zurückbehaltungsrecht nur dann gegen sich gelten zu lassen, insofern ihnen die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können. Es entscheiden also die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Nach diesen sind die Einreden wirkungslos, wenn das dingliche Recht des Dritten schon bestand, als das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers zur Entstehung gelangte, gleichwohl, ob dieser von dem Rechte des Dritten Kenntnis hatte oder nicht. Ist dem Dritten dagegen das Eigentum oder das dingliche Recht — durch Übertragung des mittelbarer Besitzes oder durch Vindikationscession — erst zugefallen, nachdem das Zurückbehaltungsrecht bereits begründet war, so geht das letztere dem Recht des Dritten vor. Der Gläubiger kann in diesem Falle dem Rechtsnachfolger des Schuldners die ihm gegen den Anspruch des letzteren auf Herausgabe zustehenden Einwendungen, also auch das Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen.

§ 7.

D. Die Forderungen.

Die Forderungen, wegen derer die Retention ausgeübt werden kann, müssen ihren Ursprung aus den zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschlossenen beiderseitigen[1]) Handelsgeschäften haben, d. h. sie müssen aus dem eigentlichen Handelsverkehr hervorgegangen sein. Für Ansprüche, die also nicht im kaufmännischen Geschäftsbetriebe entstanden sind, kommt das Zurückbehaltungsrecht nicht in Betracht, denn diese stehen in keinem inneren Zusammenhang mit dem Kredit, welchen der eine der beiden Geschäftsfreunde dem andern im Geschäftsverkehr gewährt.

1) Der Rev. öster. Entw. § 50 und ebenso der I. Nürnb. Entw. art. 262 gewähren das Zurückbehaltungsrecht für die „aus Handelsgeschäften" entspringenden Forderungen, also auch aus einseitigen.

Weiterhin wird eine unmittelbare Beziehung zwischen den Parteien notwendig gemacht: das Handelsgeschäft muß ein „beiderseitiges" sein, d. h. der Gläubiger, der das Zurückbehaltungsrecht ausüben will, muß dieselbe Person sein, die das Handelsgeschäft mit dem Schuldner abgeschlossen hat. Hierdurch wird verhindert, daß der Gläubiger etwa eine ihm auf erbrechtlichen Wege gegen den Schuldner erwachsene Forderung zur Rechtfertigung einer Zurückbehaltung von Sachen desselben gebraucht. Der Wortlaut des Gesetzes schließt natürlich auch einen Übergang der Forderung durch Cession aus.[1] Hat ein Kaufmann die Forderung eines Dritten gegen einen andern Kaufmann durch Cession erworben, so kann der Cessionar das Zurückbehaltungsrecht für diese Forderung nicht ausüben. Denn dieselbe ist nicht aus einem Geschäft entstanden, welches zwischen ihm, dem Cessionar und dem debitor cessus, sondern welches von letzterem mit einem Dritten geschlossen wurde und es kommt dann der Umstand nicht weiter in Betracht, ob der Erwerb der Forderung ein Handelsgeschäft für den Cessionar und ob das Geschäft, aus welchem die Forderung herrührt, ein Handelsgeschäft für den debitor cessus ist.

Zwar wurde nach den Protokollen die Meinung ausgesprochen, daß cedierte Forderungen keineswegs gänzlich ausgeschlossen seien, wenn nämlich die Cession ihre Veranlassung in einem zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus abgeschlossenen Handelsgeschäft habe, auf Grund dessen der Cessionar die Forderung von dem Dritten, dem Cedenten erworben hat.

Diese Interpretation ist jedoch irrig: sie läßt sich mit den Worten des Gesetzes nicht vereinigen. Denn auch in diesem Falle ist die Forderung keineswegs aus dem zwischen dem Cessionar und dem Schuldner geschlossenen Handelsgeschäft entsprungen, sondern lediglich aus dem

1) Anders Cosak, der zwischen ererbten, abgetretenen und ursprünglichen Forderungen nicht unterscheidet. Nur müssen die ursprünglichen Parteien Kaufleute und das die Forderung begründende Geschäft muß zwischen ihnen ein beiderseitiges Handelsgeschäft gewesen sein.

zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus ursprünglich abgeschlossenen Geschäft.

Die Retentionsbefugnis kann weder selbstständig auf einen andern übertragen[1]), noch zugleich mit der Forderung abgetreten werden,[2]) sie geht auch nicht von selbst bei der Übertragung einer solchen auf den Cessionar über und ebensowenig kann sie um einer von dritter Seite an den Gläubiger abgetretenen Forderung willen entstehen. Das R.O.H.G.[3]) entschied, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht keineswegs gleich dem vollkommenen Pfandrecht in dem Sinne eine accessorische Qualität des gesicherten Anspruchs ist, daß es mit diesem schlechthin auf jeden Erwerber desselben überginge. Ein anderes Erkenntnis der reichsgerichtlichen Judikatur[4]) lautet im gleichen Sinne:

„Liegt dem schließlichen Ausschluß cedierter Forderungen der Gedanke zu Grunde, daß der Sachenschuldner nicht durch willkürliches Ansichziehen einer Forderung die Sachen zu einem Deckungsobjekt soll machen können, so . . ."

Daß cedierte Forderungen vom Retentionsrecht ausgenommen sind, hat seinen Grund zunächst darin, daß sonst der Schuldner niemals davor sicher wäre, daß seine Dispositionsabsichten über die ihm gehörige, im Besitz eines andern befindliche Ware vereitelt würden; sodann aber ist es namentlich das Interesse der Konkursgläubiger, welches gewahrt werden soll. Es ist nämlich so die Möglichkeit beseitigt, daß der Inhaber von Waren des Schuldners, sich in seinem eigenen Interesse oder dem von Geschäftsfreunden Forderungen cedieren lassen kann, um die Ware dann als Retentionsobjekt in Anspruch zu nehmen und sich zum Schaden der andern Konkursgläubiger in bevorzugter Weise zu befriedigen.

Für Forderungen aus Wechseln und andern Orderpapieren, die

1) Hahn zu art. 313 § 5 Anm. 7. S. 174.
2) Anders Staub zu § 369 Anm. 7. S. 1208.
3) R.O.H.G. V. 306, 7.
4) Seuffert's Archiv. N. F. VIII, 433 f.

aus dritter Hand erworben sind, trifft das Zurückbehaltungsrecht zu.[1]) Denn hier handelt es sich nicht um eine Cession. Der Indossatar erwirbt die Forderung nicht, wie sie der Indossant besaß, sondern wie sich ihr Inhalt aus der Erklärung des Schuldners im Papier ergibt. Der Erwerb der Forderung durch ihn gegenüber dem Schuldner ist ein originärer, nur eingekleidet in eine derivative Form; es hat also der Besitzer des Orderpapiers die Forderung gegen den Aussteller im Wege des direkten Geschäftsverkehrs zwischen ihnen erworben und zwar genauer präcisiert auf Grund eines beiderseitigen Handelsgeschäftes. Ein solches nämlich liegt vor, wenn die in Betracht kommenden rechtsgeschäftlichen Handlungen, nämlich auf Seiten des Schuldners die Ausgabe des Papiers, oder sofern schon die Niederschrift auf dem Papier als verpflichtend anzunehmen ist, diese Niederschrift, auf Seiten des Gläubigers die Erwerbshandlung, von jedem im Betriebe des Handelsgewerbes vorgenommen worden ist.

Die Forderungen müssen fällig sein (Ausnahme im Falle des § 370) und zwar in dem Augenblick, in welchem das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird.

Bei Teilbarkeit[2]) des Retentionsobjektes darf im Gegensatz zum Pfandrecht nicht die Summe der Gegenstände, sondern nur eine zur Deckung der Forderung ausreichende Quote[3]) zurückbehalten werden. Diese Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes auf einen der Forderung nur proportionalen Teil der teilbaren Retentionsobjekte ergibt sich aus dem Wesen und Zweck des Instituts. Es soll eben kein Nötigungs- sondern ein reines Sicherungsmittel sein, und dieser Funktion ist mit der Einbehaltung eines der Forderung quotativ entsprechenden Teilobjekts voll und ganz genügt.

---

1) So: Goldschmidt I, 2. S. 1040. Anschütz und Völderndorff zu art. 313, II, 1. S. 195. Hahn zu art. 313 § 6. S. 175. Endemann Handb. II § 182. S. 101. Puchelt S. 854. Staub zu § 369 Anm. 7. S. 1208; R.G. IX, 45.

2) R.O.H.G. XVIII, 276.

3) Es beschränkt sich mithin auch das Recht den Verkauf zu beantragen auf solchen Teil.

Die Liquidität der Forderung endlich ist für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes irrelevant.

§ 8.

E. Der Besitz.

Die zurückbehaltenen Gegenstände müssen auf Grund von Handelsgeschäften[1]) in den Besitz des Gläubigers gelangt sein; also auch die Erlangung des Besitzes muß auf dem Handelsverkehr beruhen. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß das den Übergang der Retentionsobjekte vermittelnde Geschäft zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner direkt zu Stande gekommen ist, es kann auch vom Gläubiger mit einem Dritten abgeschlossen sein, vorausgesetzt, daß die Zustimmung des Schuldners vorlag.

Der Wille des Schuldners ist überhaupt unerläßliche Voraussetzung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes; an solchen Sachen, die der Retentor eigenmächtig an sich genommen hat oder die ihm ohne sei es ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Schuldners von einem Dritten übergeben sind, tritt ein Zurückbehaltungsrecht nicht in Kraft.

Natürlich darf der Wille, wenn er vorhanden ist, nicht rechtlich nichtig sein. Anfechtbarkeit[2]) jedoch schadet nicht, wenn die Anfechtung nicht wirklich erfolgt. Das anfechtbare Geschäft ist also zunächst giltig und wird unanfechtbar, wenn das Anfechtungsrecht verloren geht. Die Anfechtung des anfechtbaren Geschäfts hat nach dem B.G.B. die Wirkung, daß es als von Anfang an nichtig behandelt wird und der Retentionsprätendent muß, wenn die Anfechtung erfolgt, die dadurch hergestellte Nichtigkeit des Geschäfts gegen sich gelten lassen, wenn er die Anfechtbarkeit kannte oder doch kennen mußte. Die Anfechtung erfolgt nicht durch die Mittel des Prozeßrechts und die Aufhebung also nicht durch Urteil, sondern durch

1) Rev. öster. Entw. § 50: „durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmäßige Weise."

2) So wenn die Willenserklärung durch Irrtum, Betrug, Drohung beeinflußt ist. Vergl. Staub zu § 369.

bloße Erklärung des Schuldners gegenüber dem Retinenten. Dadurch wird natürlich ein Prozeß über die Berechtigung zur Anfechtung nicht ausgeschlossen. Die Nichtigkeit des Geschäfts ist aber nicht Folge des im Prozeß erlassenen Urteils, sondern der durch das Urteil als berechtigt anerkannten Anfechtungserklärung.

Hat der Gläubiger die Retentionsobjekte gegen oder ohne den Willen des Schuldners,[1]) also im Wege verbotener Eigenmacht, an sich gebracht, ist er vitiosus possessor, so können gegen ihn die Schutzmittel, mit denen die Rechtsordnung den Besitz ausgestattet hat, in Anwendung gebracht werden und zwar ist dies auch dann der Fall, wenn er in gutem Glauben, vielleicht sogar in der Meinung gehandelt hat, eigenen Besitz auszuüben. Das Gesetz stellt aber gegen verbotene Eigenmacht nicht nur gerichtliche Hilfe zur Verfügung, sondern sogar die Befugnis zur gewaltsamen Abwehr und unter Umständen auch zur Wiederbemächtigung des bereits entzogenen Besitzes.

Der besondere Anspruch auf Schadensersatz bleibt durch diese Rechtsmittel unberührt.

Irrelevant ist es, ob der Schuldner um den Akt der Besitzergreifung bezw. den Zeitpunkt derselben gewußt hat. Dieser letztere Moment ist überhaupt nicht entscheidend. Es genügt, daß der Gläubiger in dem Augenblick, in welchem er an sich, also namentlich weil die Forderung fällig geworden, zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes berechtigt ist, sich im thatsächlichen Besitz der Sache befindet, mag dieselbe nun vor oder gleichzeitig mit oder nach Entstehung der Forderung, vor oder nach dem Eintritt des Fälligkeitstermins in seinen Besitz gelangt sein.

Solange nicht sämtliche Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes vorliegen, kann der Schuldner seinen Willen rechtsgiltig ändern.[2]) Verlangt er also seine Sachen vor diesem Zeitpunkte

1) Dieser Fall ist von dem vorher ausgeführten (Anfechtbarkeit) wohl zu unterscheiden. Dort erfolgte der Besitzübergang immerhin in Folge einer Entschließung des Schuldners, wennschon dieselbe mit rechtlichen Mängeln behaftet war.

2) So Hahn zu art. 313 § 9, § 177.

zurück, so kann der Gläubiger die Herausgabe derselben unter Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht nicht verweigern, denn ein solches ist ja noch garnicht zur Existenz gelangt und kann auch, ohne daß der Schuldner zur Besitzergreifung der Retentionsobjekte durch den Gläubiger seine Zustimmung gibt, garnicht zur Entstehung kommen. Liegen dagegen die Erfordernisse des Zurückbehaltungsrechtes bereits sämtlich vor, so kann der Gläubiger ein etwaiges Ansinnen des Schuldners auf Herausgabe seiner Sachen unter Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht zurückweisen.

Der Gläubiger muß die Retentionsobjekte zur Zeit der Ausübung der Zurückbehaltung in seinem Besitz haben, d. h. er muß entweder unmittelbarer selbständiger Inhaber der Sache sein (Ausnahme im § 855 B.G.B.) oder mittelbar durch einen andern über dieselbe verfügen können, sofern er nur gegen den letzteren, wie z. B. der Deponent gegenüber dem Depositar, der Absender gegenüber dem Frachtführer, der Verlader gegenüber dem Schiffer auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses eine Klage auf Herausgabe der Sache hat.

Nach dem H.G.B. genügt auch für die Legitimation des Besitzes, daß der Gläubiger die Dispositionsgewalt über die Retentionsobjekte in der Weise besitzt, daß er durch Traditionspapiere über dieselben verfügt, von denen das Gesetz Konossemente, Lade- und Lagerscheine besonders nennt, ohne mit dieser Aufzählung jedoch erschöpfend sein zu wollen, wie es durch das „insbesondere" zeigt.

Daß im einzelnen Falle in Folge eines besonderen Umstandes, z. B. durch Arrestlegung, die nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden kann, die Möglichkeit der Verfügung dem Retinenten entzogen ist, hebt sein Zurückbehaltungsrecht in keiner Weise auf.[1])

§ 9.

F. Voraussetzungen bei anormaler Vermögenslage.

Von den bisher aufgeführten Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes kommen zwei in Wegfall, wenn die Vermögenslage

1) R.O.H.G. XIV, 112.

des Schuldners eine unsichere geworden ist und sich diese Unsicherheit in gesetzlich fest bestimmten Erscheinungsformen[1]) dokumentiert. (§ 370 H.G.B.)

1. Wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

2. Wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht worden ist.

Diese Eventualitäten werden in der Praxis für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes am häufigsten maßgebend sein. Gegen den solventen Schuldner wird der Gläubiger im eigenen wohlverstandenen Interesse nur in Ausnahmefällen von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen, sofern ihm an der Erhaltung der Geschäftsverbindung mit demselben gelegen ist; anders wenn der Schuldner insolvent wird, wenn Thatsachen oder Symtome eintreten, welche die Erfüllung der Rechtsansprüche des Gläubigers in Frage stellen. Dann kann es sich nicht mehr um Erhaltung der Kundschaft und des Handelsverkehrs, sondern um möglichst schnelle und günstige Abwickelung des schwebenden Geschäftes handeln: Die Rücksichten hören auf und die Sicherungsfrage allein ist maßgebend. Dieses natürliche Bedürfnis des kaufmännischen Verkehrs erkennt das H.G.B. an und giebt dem Gläubiger die Möglichkeit, für den Fall des Eintritts eines der erwähnten Unsicherheitssymtome, sich für sein Guthaben an den Sachen des Schuldners durch schleunige Retention, so gut es geht, sicherzustellen. Es geschieht dies dadurch, daß es für diese Eventualitäten sowohl rücksichtlich der Forderungen, als rücksichtlich der Bedingungen, unter denen der Gläubiger die Sachen des Schuldners inne hat, von den Voraussetzungen des gewöhnlichen Zurückbehaltungsrechtes etwas nachläßt. Das Zurückbehaltungsrecht findet nämlich im genannten Falle auch Anwendung:

1. wegen noch nicht fälliger Forderungen.

2. wenn bei normaler Vermögenslage dem Zurückbehaltungsrecht eine Anweisung des Schuldners oder die Übernahme der Ver-

1) Hahn zu art. 314 § 1 u. 2 S. 186. Anschütz und Völderndorff zu art. 314 S. 202. Goldschmidt I, 2, § 98 Anm. 51.

pflichtung in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, entgegensteht, sofern die Unsicherheitssymtome erst nach Übergabe der Gegenstände oder nach Übernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt geworden sind.

Das H.G.B. trifft also bei anormaler Vermögenslage des Schuldners für den Gläubiger die Erleichterung, daß auch vor Fälligkeit der Forderung und im Widerspruch mit der lex contractus das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann.

Die Übernahme einer der Zurückbehaltung widerstreitenden Verpflichtung hindert bei Unsicherheit des Schuldners die Retention auch dann nicht, wenn diese Übernahme selbst oder der Übergang der Retentionsobjekte auf den Gläubiger erst nach Eintritt der Unsicherheitssymtome erfolgt ist, nur darf natürlich der Gläubiger von ihrem Vorhandensein keine Kenntnis gehabt haben und trotzdem eine solche Verpflichtung eingegangen sein. Das Reichsgericht[1]) erblickt mit Recht in der Übernahme einer Verpflichtung, deren Erfüllung der Zurückbehaltung widerstreitet, sei es durch ausdrückliche Übernahme der Verpflichtung oder stillschweigend durch Annahme der Sache ohne Widerspruch gegen eine von dem Schuldner bei der Übergabe erteilte Vorschrift einen Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht, sofern die Übernahme solcher Verpflichtungen zu einer Zeit erfolgt ist, wo die Unsicherheit des Schuldners bereits eingetreten und dem Gläubiger bekannt geworden war, mithin ihm das Zurückbehaltungsrecht nach der Regel des § 370 H.G.B. zustand.

Stillschweigende Voraussetzung ist, daß die Forderung, für welche das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll, vor dem Eintritt der Unsicherheitssymtome und bevor diese dem Gläubiger bekannt geworden sind, entstanden ist.

Hat dagegen der Gläubiger Kenntnis von der unsicheren Vermögenslage des Schuldners gehabt, und trotzdem kreditiert, so hat er auch das volle Risiko zu tragen; von einem Zurückbehaltungsrecht vor Fälligkeit der Forderung und entgegen der lex contractus ist in diesem Falle keine Rede.

1) R.G. XII, 91.

III.

§ 10.

Inhalt und Geltendmachung.

Der Inhalt des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ist zweifacher Art. Der Gläubiger kann:

1. Die Retentionsobjekte zurückhalten, in der Absicht sich Sicherung zu verschaffen, wobei ihm bei dem Charakter des kaufmännischen Deckungsrechtes das Motiv der Erzwingung einer vom Retentionsgegner herauszuholenden Leistung fehlen soll, oder:

2. sich aus den zurückbehaltenen Gegenständen für seine Forderung befriedigen.

Dieser tief einschneidende Eingriff, den § 371 H.G.B. durch diese dem Gläubiger gewährten Rechte in das schuldnerische Eigentum geschehen läßt, soll aber niemals im Widerspruche mit der eigentlichen Grundlage des Deckungsrechtes, der bona fides, stehen, und so ist denn die Art der Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes im Interesse des Schuldners mehreren Beschränkungen unterworfen. Vor allem hat der Gläubiger bei der Aufbewahrung der retinierten Gegenstände diejenige Sorgfalt anzuwenden, die ein Kaufmann seines Gewerbes gewöhnlich anwendet (§ 347 H.G.B.). Verstößt er gegen diese Rechtsvorschrift, so wird er schadensersatzpflichtig und zwar ist dies auch dann der Fall, wenn die Beschädigung der Retentionsobjekte nicht durch sein eigenes Verschulden, sondern durch mangelnde Sorgfalt seiner Angestellten herbeigeführt ist. Denn für ein Verschulden seiner Gehilfen bei Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hat er wie für eigenes einzustehen (§ 278 B.G.B.). Der Umfang der Schadensvergütung bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. B.G.B. Dieselben enthalten insbesondere die aus dem alten H.G.B. herübergenommene Bestimmung des § 252, daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt.

Die Schadensersatzpflicht zieht selbstverständlich nicht den Verlust des Zurückbehaltungsrechtes nach sich, es sei denn, daß durch die mangelnde Sorgfalt des Gläubigers der völlige Untergang der Retentionsobjekte herbeigeführt wäre, was allerdings das Erlöschen

der Retentionsbefugnis zur Folge hätte. Aber dies Ergebnis ist lediglich eine naturgemäße Wirkung des Wegfallens einer fundamentalen Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes, nämlich der, daß der Gläubiger Retention nur an solchen Sachen üben kann, die er auch wirklich im Besitz hat, und würde auch in dem Falle eintreten, wenn die zurückbehaltenen Gegenstände ohne Verschulden des Retinenten untergegangen wären. Nur kommt im letzteren Falle die Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, in Wegfall.

Eine weitere Beschränkung des Gläubigers enthält die Bestimmung, daß er die Retentionsobjekte dem Schuldner gegen anderweitige Sicherheitsleistung herauszugeben hat.[1])

Diese Vorschrift liegt im Interesse des Schuldners und ergiebt sich aus dem Wesen und Zweck des Zurückbehaltungsrechtes. Dieses soll nicht weiter gehen, als zur Sicherung erforderlich ist und darf daher die Verfügungsfreiheit des Schuldners über die zurückbehaltenen Gegenstände nur solange beschränken, bis dieser anderweitig Deckung beschafft.

Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach den §§ 232—240 B.G.B., doch können nach der ausdrücklichen Vorschrift des H.G.B. dem Gläubiger Bürgen als Sicherheitsleistung nicht aufgedrängt werden.

Mit der Annahme der Sicherheitsleistung durch den Gläubiger findet selbstverständlich das Zurückbehaltungsrecht sein Ende, und derselbe ist verpflichtet, die retinierten Gegenstände dem Schuldner freizugeben. Es würde dem Wortlaut des H.G.B., nach welchem die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung „abgewendet" wird, direkt widersprechen, wollte der Gläubiger zu der neuen Sicherung auch noch die alte zurückbehalten.

Was die Höhe der Sicherheitsleistung anbetrifft, so kommt es darauf an, ob der Wert der Forderung oder der des Retentionsobjekts geringer ist. Hat das letztere einen höhern Wert als die Forderung, so braucht die anderweitige Sicherung nur den Betrag der Forderung zu erreichen. Ist der Wert der zurückbehaltenen

1) Die Ord. de Phil. II v. 1563 tit. II c. 13 und ebenso das Seerecht von Stralsund v. 1278 setzen Herausgabe gegen Bürgschaft fest.

Sache geringer, als die Forderung, so genügt die Bestellung von Sicherheit im Werte der retinierten Sache. Reicht die angebotene Deckung nicht aus, so bleibt das Zurückbehaltungsrecht bei Bestand.

Weigert sich der Gläubiger, eine vom Schuldner in angemessener Form angebotene Sicherheit anzunehmen, oder fordert er sie in übermäßiger Höhe, so wird er schadenersatzpflichtig, da die Nichtbeachtung des dem Schuldner im § 369 H.G.B. ausdrücklich verliehenen Rechtes, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abzuwenden, für den Gläubiger von selbst die Verpflichtung zum Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens nach sich zieht. Seines Retentionsrechtes geht er jedoch nicht verlustig, denn dies hätte besonders statuiert werden müssen, während im H.G.B. nirgends davon die Rede ist.

Ist der Schuldner nicht in der Lage, oder nicht gewillt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung an den Gläubiger zu verhindern, so ist dieser befugt, sich aus den zurückbehaltenen Gegenständen für seine Forderung zu befriedigen.

Zunächst ist es zulässig, daß die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, d. h. dadurch, daß der Gläubiger seine durch die Retention gesicherte persönliche Forderung ausklagt und auf Grund des so erlangten Schuldtitels in den retinierten Gegenstand Zwangsvollstreckung bewirkt. Diese Art der Befriedigung folgt den Regeln der Zwangsvollstreckung nach der C.P.O.

Außerdem kann sich der Gläubiger nach Art der Pfandrealisierung aus der zurückbehaltenen Sache befriedigen, doch verlangt das H.G.B. in diesem Falle einen vollstreckbaren Titel und dieser ist regelmäßig nur im Wege der Klage zu erwirken. Zulässig für die Erhebung der Klage ist außer dem allgemeinen Gerichtsstand des Gläubigers auch der Gerichtsstand seiner Niederlassung, sodaß also beide elektiv konkurrieren. Der Klageantrag geht darauf, den Beklagten zu verurteilen, daß er die Ausübung der Befriedigung dulde. Zur Begründung der Klage sind die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes vorzubringen; namentlich ist die Existenz

der Forderung, falls sie bestritten ist, ferner ihre Fälligkeit und eventuell das Vorhandensein einer der im § 370 H.G.B. bezeichneten Umstände, welche die Insolvenz des Schuldners vermuten lassen, zu beweisen. Der Beklagte kann dann Einwendungen aller Art erheben, insbesondere das wirkliche Bestehen, die Höhe und Fälligkeit der Forderung, sowie die Rechtmäßigkeit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes bestreiten. Über die Klage wird durch förmliches Urteil entschieden, dessen Tenor besagt, der Beklagte sei zur Duldung der Befriedigung zu verurteilen.

Die Klageerhebung erfolgt an sich gegen den Eigentümer des zurückbehaltenen Gegenstandes. Gehört die Sache dem Gläubiger selbst und sind die besonderen Voraussetzungen vorhanden, unter welchen nach § 369, 1, H.G.B. dem Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht an seiner eigenen Sache zusteht, so ist die Klage gegen den Schuldner zu richten. Für den Fall, daß nach dem Besitzerwerb des Gläubigers das Eigentum an der Sache von dem Schuldner auf einen Dritten übergegangen ist, erlangt das vom Gläubiger in gutem Glauben gegen den Schuldner erstrittene Urteil auch gegen den Rechtsnachfolger Wirksamkeit, soweit der Gläubiger dem Dritten nach § 369, 2, H.G.B. sein Retentionsrecht entgegenstellen kann.

Ist durch das gerichtliche Urteil dem Gläubiger die Befugnis zugesprochen, sich aus den zurückbehaltenen Gegenständen zu befriedigen, so erfolgt diese Befriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bei beweglichen Sachen, bei Inhaberpapieren und bei Papieren, die durch Indossament übertragen werden können und einen Börsenpreis haben, erfolgt demnach die Befriedigung durch Verkauf.[1])

Handelt es sich um Papiere, die nicht Inhaberpapiere sind oder die durch Indossament übertragen werden können, so erfolgt die Befriedigung, sofern die Papiere ein Forderungsrecht begründen, durch Einziehung gemäß der Vorschrift des B.G.B.; bei Wert-

1) Wir verweisen auf die ausführlichen Bestimmungen der §§ 1228 ff. B.G.B., unter Hinweis auf § 371 Abs. 2, H.G.B.

papieren, die weder der einen noch der andern der angeführten Gattungen angehören, z. B. bei Namensaktien ohne Börsenpreis ist nur der Weg der Zwangsvollstreckung gegeben.

Bei der Verteilung des aus dem Retentionsobjekt erzielten Erlöses hat der Retinent ein Vorrecht vor den übrigen Gläubigern des Schuldners und dieses Recht steht ihm auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners zu. Er braucht sich nämlich in den Konkurs nicht einzulassen, vielmehr hat er das Recht, abgesonderte Befriedigung aus den zurückbehaltenen Gegenständen zu verlangen. Dieses Recht des Gläubigers ist anerkannt durch § 49, 4, K.O., wonach diejenigen, denen nach dem H.G.B. an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände den Pfandgläubigern, welche zu abgesonderter Befriedigung berechtigt sind, gleichgestellt werden. Der Retinent kann also seine Rechte unabhängig von der Konkursmasse wahrnehmen. Er darf nicht nur die Sachen des Schuldners zurückhalten, sondern auch die Klage auf Gestattung der Befriedigung erheben, doch geht dieselbe in diesem Falle gegen den Konkursverwalter. Auch die Realisierung der Retentionsobjekte kann er während des Konkurses betreiben und sich aus dem Erlös für seine Ansprüche — Kosten, Zinsen und Forderung — bezahlt machen; einen etwaigen Überschuß hat er an die Masse abzuführen. Ist der Wert der zurückbehaltenen Sachen geringer als die Forderung und werden somit die Ansprüche des Gläubigers aus dem Erlös nicht voll gedeckt, so kann er den ausgefallenen bezw. mutmaßlich ausfallenden Teil zur Konkursmasse geltend machen.

Von den Verpflichtungen, die das H.G.B. dem Retinenten für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes unter normalen Verhältnissen auferlegt, ist dieser auch bei der Geltendmachung im Konkurse des Schuldners nicht befreit. So hat er gegen Bestellung ausreichender Sicherheitsleistung seitens des Konkursverwalters die zurückbehaltenen Gegenstände herauszugeben, ja er kann sogar zur Veräußerung derselben vom Masseverwalter angehalten werden und sein Recht nur auf den Erlös geltend machen, obschon er nur das

Recht und nicht die Pflicht hat, unter gewissen Umständen die Forderung anzumelden.

Der Konkurs hat also auf die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes keinen Einfluß, sofern dasselbe bereits vor der Konkurseröffnung zur Entstehung gekommen ist; nachher freilich kann es nicht mehr zur Existenz kommen, denn die Einräumung des Zurückbehaltungsrechtes ist eine vom Willen des Cridars abhängige Rechtsveränderung; der Gemeinschuldner kann aber insofern keinen Willen üben, als ihm ja die Dispositionsbefugnis abgeht.

In einem Falle jedoch kommt ein bereits bestehendes Zurückbehaltungsrecht durch die Eröffnung des Konkurses über den Schuldner wieder in Wegfall. Es geschieht dies durch das sogen. Verfolgungsrecht, dessen Wirkungen § 44 K.O. festsetzt.

IV.

§ 11.

Ausschluß und Endigung.

Das Zurückbehaltungsrecht kann nicht nur durch besondere Parteivereinbarung ausgeschlossen werden, sondern es gilt schon dann für ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde.[1])

Diese Einschränkung beruht auf dem Gedanken, daß, während allerdings der allgemeinen Anschauung des Kaufmannsstandes, daß jeder im Geschäftsverkehr in die Hände des Gläubigers gelangte Vermögensbestandteil des Schuldners von dem ersteren als eine sichere Deckung für alle ihm aus diesem Verkehr erwachsenen Forderungen betrachtet werden müsse, Rechnung zu tragen sei, doch auch andererseits nicht über das Bedürfnis und die Intention des Kaufmannsstandes hinausgegangen werden dürfe und damit ein

1) Nürnb. W.-O. v. 1722 c. VIII, § 1: alle „arge List und Gefährde" soll ausgeschlossen sein; Augsburger Rats-Dekret v. 1682: „auch alle Machinationen, List und Gefährlichkeiten hiermit ausgeschlossen seyn."

Verfahren ermöglicht werde, welches, im Widerspruch mit der Rücksicht auf die Billigkeit, seinerseits gegen Treu und Glauben verstoße, wohlberechtigte Erwartungen und Dispositionen des Schuldners zerstöre und mit der Idee einer Deckung unvereinbar sei.

Die Bestimmung des § 369 Abs. 3 H.G.B. darf jedoch keineswegs allzu ängstlich interpretiert werden, da sie andernfalls zur Einschränkung des Zurückbehaltungsrechtes noch über das bürgerliche Recht hinaus führen würde, wie Goldschmidt[1]) mit Recht bemerkt. Aus diesem Grunde ist zunächst darauf hinzuweisen, daß jedes obligatorische Verhältnis, kraft dessen jemand die Sache eines andern in Besitz hat, ohne weiteres die Anweisung in sich birgt, bezw. dem Besitzer die Verpflichtung auferlegt, nach seiner Beendigung die Sache herauszugeben. Diese Anweisung und Verpflichtung kann natürlich den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes nicht herbeiführen, denn dasselbe greift ja in diesem Momente erst ein, indem es dem Gläubiger entgegen und trotz der auf Grund des obligatorischen Verhältnisses von ihm übernommenen Verpflichtung bezw. der ihm erteilten Anweisung die Befugnis verleiht, den Gegenstand weiter zurückzubehalten. Bedeutet doch „zurückbehalten" nichts anderes, als zurückbehalten dessen, was man eigentlich zurückgeben müßte. Die Rückgabepflicht, die sich lediglich aus der Natur des Obligationsverhältnisses ergiebt, schließt also das Zurückbehaltungsrecht nicht aus. Es muß vielmehr, um die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechtes herbeizuführen, eine so bestimmte Anweisung darüber erteilt bezw. Verpflichtung übernommen sein, in welcher mit der Zurückbehaltung unvereinbaren Weise mit dem Gegenstand verfahren werden solle, daß sich darin der erkennbare Wille ausspricht, es solle ein Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers durch die Übergabe des Gegenstandes nicht begründet werden.[2])

Im allgemeinen darf wohl für den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes die Vorschrift des Schuldners, die Sache zur jeder-

1) Goldschmidt, Hndb. S. 1046 f.

2) R.O.H.G. XIX, 372 f., siehe auch: R.O.H.G. XII, 27; Puchelt zu art. 313. 5c S. 857.

zeitigen Verfügung eines dritten zu halten, als genügend erachtet werden, ja sogar die besondere Anweisung, die Sache zur Verfügung des Schuldners zu halten, kann ausreichen, wenn sich im Einzelfall dadurch ein Vorbehalt des Schuldners kundgiebt, jederzeit anderweitig über die Ware disponieren zu dürfen und diese daher dem Zurückbehaltungsrecht entziehen zu wollen.

Immerhin wird die Frage, ob eine der Retention widerstreitende Anweisung erteilt, bezw. Verpflichtung übernommen ist, oftmals streitig sein. In solchem Falle greift dann das richterliche Ermessen ein, unter Berücksichtigung der Sachlage und der thatsächlichen Umstände des Falles.

Es ist naturgemäß, das einseitige, nach der Ubergabe der Sache seitens des Schuldners erteilte Anweisungen wirkungslos sind, wenn das Zurückbehaltungrecht bereits existent geworden ist. Dem Gläubiger dagegen ist es unbenommen, auch nach der Übergabe der Sache und wenn die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes bereits vorliegen, Verpflichtungen einzugehen, die einen Verzicht auf das Deckungsrecht zum Ausdruck bringen.

Bevor wir nunmehr auf die Erlöschungsgründe des Zurückbehaltungsrechtes eingehen, wollen wir vorausschicken, daß das Zurückbehaltungsrecht durch den Tod der einen oder anderen Partei nicht untergeht, es bleibt vielmehr für und gegen die Erben des Gläubigers bezw. Schuldners bestehen.[1]) Auch durch Zurückweisung einer vom Schuldner angebotenen anderweitigen Sicherheit findet, wie wir bereits gesehen haben, das Zurückbehaltungsrecht keineswegs sein Ende; vielmehr entsteht in diesem Falle nur eine Verpflichtung des Gläubigers zur Prästation des Interesses. Endlich sei nochmals hervorgehoben, daß das zur Existenz gelangte Zurückbehaltungsrecht nicht dadurch erlischt, daß einer der beiden Beteiligten die Kaufmannseigenschaft verliert.

Der naheliegendste und wohl auch am häufigsten vorkommende Grund der Erlöschung des Zurückbehaltungsrechtes ist die Erfüllung

1) Puchelt zu art. 313. 3 c, S. 855.

der Forderung. Ist der Gläubiger befriedigt, so kommt der Sicherungsgedanke in Wegfall: das Zurückbehaltungsrecht erlischt.

Aber auch andere Vorgänge, welche den Anspruch des Gläubigers zum Erlöschen bringen, haben diese Wirkung, so der Erlaß, das vertragsmäßige Anerkenntnis, daß das Schuldverhältnis nicht besteht und endlich die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person eines der beiden Kontrahenten. Beerbt z. B. der Gläubiger den Schuldner oder umgekehrt, so geht unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt bezw. Erbschaftsanfall das Zurückbehaltungsrecht oder die Verbindlichkeit aus demselben von dem Erblasser auf den Erben über, so daß sich nunmehr Recht und Verbindlichkeit in seiner Person vereinigen. Da aber niemand sein eigener Gläubiger und Schuldner sein kann, so tritt die naturgemäße Folge ein: das Zurückbehaltungsrecht erlischt.

Ein weiterer Beendigungsgrund ist der Untergang der Retentionsobjekte oder der Verlust des Gewahrsams an denselben, und zwar ist es gleichgiltig, ob der Untergang durch Zufall oder durch Verschulden des Gläubigers eingetreten, oder der Verlust des Besitzes freiwillig oder gegen den Willen des Retinenten erfolgt ist. Hat der Gläubiger durch Verzicht freiwillig den Besitz aufgegeben, so lebt das Zurückbehaltungsrecht nicht wieder auf, wenn er später den Besitz wiedererlangt, sondern es entsteht ein neues, jedoch nur, wenn die Voraussetzungen eines solchen vorhanden sind. Kommt aber die gegen seinen Willen dem Gläubiger entzogene Sache später wieder in seine Hände, so lebt das frühere Zurückbehaltungrecht wieder auf und es entscheidet für den Bestand des Rechtes lediglich der Zustand, wie er vor dem Verlust des Besitzes war.

Das Zurückbehaltungsrecht erliegt weiter den begründeten Einreden Dritter, die ein dingliches Recht an dem zurückbehaltenen Gegenstande haben, und zwar ist dies der Fall, wenn das dingliche Recht des Dritten älter ist als das Zurückbehaltungsrecht oder wenn es zwar jünger ist, aber nicht auf einem Rechtsgeschäft des Schuldners, sondern auf Gesetzesvorschrift beruht. Das wichtigste solcher gesetzlich begründeter, also dem Zurückbehaltungsrecht vorgehender dinglicher

Rechte ist außer den gesetzlichen Pfandrechten das Verfolgungsrecht des Absenders (K.O. § 44), das stets die Retentionsbefugnis zum Erlöschen bringt.

Auch die Verjährung kann Grund der Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes sein. Sie beginnt zu laufen mit der Fälligkeit der Forderung und hebt diese vollständig auf, ohne etwa eine naturalis obligatio übrig zu lassen und dadurch die Befriedigung für die verjährte Forderung mittelst Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes zu ermöglichen, was beim Pfandrecht zulässig ist. Dieses überlebt die Forderung, es bleibt auch nach der Verjährung der Forderung bestehen und es erlischt nur die Befugnis, den Schuldner zur Zahlung zu zwingen.

Ein weiterer Endigungsgrund des Zurückbehaltungsrechtes liegt in der durchgeführten Anfechtung innerhalb sowohl, als außerhalb des Konkurses. Denn durch sie wird dem Gläubiger der Besitz der zurückbehaltenen Gegenstände und damit eine wesentliche Voraussetzung der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes entzogen. Die Anfechtung selbst erfolgt nach §§ 29—42 K.O. und nach den Bestimmungen des Reichsanfechtungsgesetzes vom 21. VII. 79.

Daß das Zurückbehaltungsrecht infolge anderweitiger Sicherheitsleistung sein Ende findet, haben wir bereits erwähnt.

Schließlich sei noch gesagt, daß das Zurückbehaltungsrecht auch dann untergeht, wenn der Gläubiger auf die Ausübung verzichtet und zwar ist ein Verzicht bereits anzunehmen, wenn der Gläubiger zu einer Zeit, wo er das Zurückhaltungsrecht geltend machen konnte, mit der Zurückbehaltung widerstreitende Verpflichtungen ausdrücklich oder stillschweigend übernommen hat.